Der Konkursverwalter als Partei in den durch ihn geführten Prozessen.

Dr. jur. Fritz Matthes.

Der Konkursverwalter als Partei in den durch ihn geführten Prozessen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Fritz Matthes,
Referendar.

Striegau 1911.
F. Breythers Buchdruckerei.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meiner lieben Mutter

und

dem Andenken meines teuren Vaters.

Inhalts-Verzeichnis.

Zweiter Teil: Der Konkursverwalter als Partei gegenüber den herrschenden Parteibegriffen und der Zivilprozeßordnung.

Literatur-Verzeichnis.

A. Kommentare, Systeme.

Aufseß, von: Konkursrecht und Konkursverfahren. Leipzig 1899.

Endemann: Das deutsche Konkursverfahren. Leipzig 1889.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl. 1906.

Fischer: (Pr. Pr.-)Lehrbuch der preußischen Privatrechts 1886/87.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1906.

Fitting: Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 2. Aufl.

Foerster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Berlin 1887.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 5. Aufl. 1901, 1902.

Gaupp-Stein: Desgl. 1906/08.

Hahn: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.

Hahn-Stegemann: Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung. Berlin 1881.

Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig, 1903, 1907, 1908.

Hellwig: Rechtskraft — Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Hellwig: Prozeßführungsrecht und bloße Prozeßführungsmacht, Hannover 1902.

Krech Fischer: Das preußische Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1886.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1904.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1905.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts. Berlin 1891.

Laband: Staatsrecht des deutschen Reiches. Tübingen 1876.

Mandry-Geib: Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 1898.

Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach röm. Recht. Wien 1885.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. 2. Aufl. Berlin 1896.

Oetker. Grundbegr. = Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I: Die Gläubiger, Stuttgart 1891.
Neumann: Handausgabe des BGB. Berlin 1909.
Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. Lahr 1899.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das deutsche Reich, Lahr 1900.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Nördlingen 1887.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1898/99.
Pollack: Das Konkursrecht, Berlin 1896.
Protokolle zum BGB.
Reinke: Die deutsche Zivilprozeßordnung. Berlin 1904.
Sarwey-Bossert, von: Die Konkursordnung für das deutsche Reich. Berlin 1901.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1891.
Schollmeyer: Der Zwischenstreit unter den Parteien. Berlin 1880.
Schott: Das Armenrecht der deutschen Zivilprozeßordnung. Jena 1900
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 6. Aufl. 1893.
Seuffert: K. Pr. R. = deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899.
Seuffert: Dogmatik = Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, Nördlingen 1888.
Staudinger, von: Kommentar zum BGB. München 1907.
Stieglitz: Konkursordnung für das deutsche Reich. Freiburg 1887.
Struckmann-Koch: Kommentar zur ZPO. 7. Aufl. 1900.
Völderndorf, von: Konkursordnung für das deutsche Reich. Erlangen 1884.
Wach: Handbuch = Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.
Wach-Laband: Zur Lehre von der Rechtskraft.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Stuttgart 1903.
Wengler: Deutsche Konkursordnung. Leipzig 1879.
Willenbücher: Die Konkursordnung nebst Anfechtungsbegriff. Berlin 1909.
Wilmowski, von: Deutsche Reichskonkursordnung. Berlin 1906.
Wolff: Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1900.
Zorn: Das Staatsrecht des deutschen Reichs. Bd. I. Leipzig 1880.

Dissertationen und Monographien.

Biermann: Gießener Festgabe für Dernburg.
Gallinger: Die Rechtsstellung des Konkursverwalters und der Gläubiger bei Feststellung einer Konkursforderung. Inaug.-Diss. Nürnberg 1896.
Hölder: Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905.
Hupka: Vollmacht.
Mangold: Der Einfluß der Beendigung des Konkursverfahrens auf schwebende Anfechtungsprozesse. Inaug.-Diss. Halle a. S. 1908.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.

Sperlich: Über einige Streitfragen des deutschen Konkursrechts. Inaug.-Diss. Halle a. S. 1904.

Voigt: Der Einfluß des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners. Leipzig 1903.

Zeitschriften-Entscheidungen.

Bekker-Fischer: Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Busch: Z. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Deutsche Literatur-Zeitung.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Grünhut: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. (Jb. f. Dogm.)

Juristisches Literaturblatt, herausg. von Karl Heymanns Verlag. (Jur.-Lit.-Bl.)

Juristische Wochenschrift, herausg. von Kemptner. (J. W.)

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.

RG: = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. (Sächs. Arch.)

Ziv. Arch. = Archiv für die zivilistische Praxis.

§ 1.

Die Frage, wer in den vom Konkursverwalter aktiv und passiv geführten Prozessen als Partei zu betrachten sei, war schon unter der Herrschaft des früheren gemeinen Rechts und der preußischen Konkursordnung äußerst bestritten.[1]) Auch nach Einführung der deutschen Konkursordnung fand diese Frage keine allgemein anerkannte Entscheidung. Vielmehr hat sich der Streit der Meinungen bis in die Gegenwart hinein fortgepflanzt und an Umfang eher zu- als abgenommen. Nicht allein in der Wissenschaft gelangt jener Widerstreit der Meinungen in den zahlreichen gegensätzlichen Theorieen zum Ausdruck;[2]) auch in der Praxis spiegelt er sich in den zahlreichen einander widersprechenden Entscheidungen;[3]) ja selbst die Stelle, deren hohe Aufgabe es ist, die Rechtseinheit zu erhalten, das Reichsgericht, ist zu einem einheitlichen, konsequent festgehaltenen Standpunkte in dieser Frage noch nicht gelangt. Seit dem berühmten Urteile des V. Zivilsenats vom 30. März 1892 (Bd. 29 S. 29) räumen die einen Senate dem Konkursverwalter Parteistellung ein[4]), während andere[5]) den Gemeinschuldner als die durch den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter vertretene Partei betrachten[6]).

Die Verschiedenheit der Auffassung des Reichsgerichts ist um so auffallender, als es sich hier um einen für die Praxis ungemein

---

[1]) Petersen-Kleinfeller § 6 n. 11; Petersen, Sächs. Arch. I S. 1 ff.; Endemann, Z. 12. S. 526 ff.

[2]) Vgl. Petersen-Kleinfeller § 6 n. 11; Jaeger § 6 n. 2, 3; Wilmowski Titl. I n. 3a, sämtliche mit ausführl. Literaturangabe.

[3]) Vgl. Jaeger § 6 n. 4 mit ausführl. Angabe von Entscheidungen.

[4]) Vgl. RG. Bd. 52 S. 334, Bd. 54 S. 122, Bd. 58 S. 418.

[5]) Bd. 58 S. 370 und Urt. v. 13. April 1908 in der Leipzig. Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 2. Jahrgang Nr. 9 Sp. 705 f.

[6]) Hellwig, DJZ. 1908 Sp. 1198, ebenfalls mit ausführlicher Angabe von Entscheidungen.

wichtigen Punkt handelt. Läßt schon die entschiedene Stellungnahme der Motive, die dem Gemeinschuldner ausdrücklich die Legitimation zur Sache in den auf die Masse bezüglichen Prozessen absprechen [1]) und den Konkursverwalter als Partei bezeichnen [2]), darauf schließen, daß es sich hier nicht um eine Frage von lediglich theoretischem Werte handele, so wird die hohe praktische Bedeutung einer Entscheidung in diesem Streit erst recht ersichtlich werden an der Hand einiger praktischer Folgerungen, für die der theoretische Standpunkt entscheidend ist.

So ist der Gemeinschuldner in den auf die Masse sich beziehenden Prozessen zeugnisfähig, wenn dem Konkursverwalter Parteistellung eingeräumt wird, dagegen zeugnisunfähig, wenn er selbst als Partei zu erachten ist. — Nebenintervention seitens des Gemeinschuldners erscheint unzulässig wenn der Gemeinschuldner als Partei angesehen wird. — Die Eröffnung bezw. Aufhebung des Konkurses hat bei schon anhängigen bezw. noch schwebenden die Konkursmasse betreffenden Rechtsstreitigkeiten einen Parteiwechsel zur Folge, wenn der Verwalter oder die Gläubigerschaft als Partei betrachtet werden; ein Wechsel lediglich der Vertretung findet statt, wenn der Gemeinschuldner als Partei angesehen wird. Diese Folgerung kann namentlich hinsichtlich der ordnungsmäßigen Zustellung von höchster praktischer Bedeutung sein [3]). — In einem eingeleiteten aber noch nicht vollendeten Vollstreckungsverfahren wird es bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des aktiven oder passiven Subjektes des Vollstreckungsverfahrens, wenn man den Konkursverwalter als Partei betrachtet, wegen des eingetretenen Parteiwechsels einer Umstellung der Vollstreckungsklausel (analog § 727 ZPO) [4]) bedürfen, wenn man den Konkursverwalter dagegen lediglich als gesetzlichen Vertreter ansieht, dieser Umstellung nicht bedürfen. [5]) — Eine vor der Konkurseröffnung gegen

---

1) Vgl. Mot. S. 42.

2) Vgl. Mot. S. 43 oben.

3) Vgl. die Entscheidung des RG. VI. Ziv.-Sen. vom 13. April 1908 in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungs-Recht 2. Jahrgang Nr. 9 Sp. 705 f.

4) Vgl. statt Anderer Gaupp-Stein § 727 III.

5) Vgl. statt Anderer Peters.-Ang. § 727 III.

den Gemeinschuldner vollstreckte Pfändung kann der Konkursverwalter als Dritter im Sinne der Zivilprozeßordnung § 771 nur dann anfechten, wenn man ihn als selbständige Partei[1]) oder als Vertreter der Gläubigerschaft[2]) und nicht als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet. — Schließlich ist vorliegende Frage auch für die Zulassung des Gemeinschuldners zum Parteieid von Wichtigkeit. Wird der Konkursverwalter als Partei angesehen, dann ist die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides (§ 449 ZPO) nur an ihn zulässig, der Gemeinschuldner wäre in diesem Falle völlig ausgeschlossen; wird dagegen dem Gemeinschuldner die Parteistellung zugewiesen und der Konkursverwalter als sein gesetzlicher Vertreter aufgefaßt, dann wäre auch hier in erster Linie der Eid dem Konkursverwalter (gemäß § 473 Abs. 1 ZPO) zu- oder zurückzuschieben, jedoch wäre in analoger Anwendung des § 473 Abs. 2 auch die Zulassung des Gemeinschuldners zum Parteieide denkbar.[3])

---

[1]) Sarwey-Bossert § 6 Ziff. 5 S. 67; a. M.: Jaeger § 29 n. 17, weil er den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet.

[2]) RG. Bd. 18 S. 394.

[3]) Wenigstens nach Ansicht der Anhänger der Vertretertheorie so z. B. Petersens, vgl. Petersen-Kleinfeller §§ 10f. Ziffer 8 S. 70.

Erster Teil.

Die Parteistellung des Konkursverwalters als Folge mangelnder Vertretereigenschaft.

I. Einleitender Teil. Erledigung von Vorfragen.

§ 2.

I. A. Bei der Frage, wer in den durch den Konkursverwalter aktiv und passiv geführten Prozessen als Partei zu bezeichnen sei, gibt es nur zwei Möglichkeiten: entweder

der **Konkursverwalter** ist **selbst Partei oder** aber

eine andere (menschliche oder juristische) Person ist Partei und der Konkursverwalter ist ihr **gesetzlicher Vertreter**[1, 2, 3].

---

[1]) Über das Bestehen der Alternative „gesetzlicher Vertreter oder Partei" vgl. Stegemann Z. 17, S. 384; Fuchs bei Gruchot 38, S. 262. Gaupp-Stein 1906 Bd. I vor § 50 I: „die Frage, wer in einem konkreten Prozesse Partei ist, — — erledigt sich danach, — — welche rechtliche Stellung sie im Prozesse einnimmt, ob sie Prozeßsubjekt oder Vertreter eines solchen ist."

[2]) Daß der Konkursverwalter, wenn er überhaupt Vertreter ist, nur gesetzlicher Vertreter sein könnte, ergibt sich aus §§ 6 Abs. 2, 36 KO, wonach die Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters auf Gesetz beruht. Vgl. auch Jäger § 6 n. 7, 11; Rosenb. S. 544, mittelbar folgt dies auch aus seinen Ausführungen a.a.O. S. 553, 561, 562.

[3]) Auf den Unterschied zwischen den Begriffen „gesetzlicher Vertreter" und „Organ" einer juristischen Person braucht nicht eingegangen zu werden. Die Organe haben im bürgerlichen wie im Prozeßrecht eine den gesetzlichen Vertretern analoge Rechtsstellung. Es müssen daher bei ihnen in gleicher Weise wie bei den gesetzlichen Vertretern die Begriffsmerkmale der Stellvertretung und der Vertretungsmacht vorliegen. Vgl. BGB § 26 Abs. 2 in Verb. m. § 51 ZPO; Hellwig, Lehrb. II, 309; Rosenb. S. 538 n. 1, 873; Schloßmann, Jher. Jb. f. Dogm. 44 S. 321.

Die Entscheidung der Kernfrage, wer Partei sei, hängt somit ab von der Entscheidung der Vorfrage: Ist der Konkursverwalter in den durch ihn geführten Prozessen gesetzlicher Vertreter oder nicht?

Mit der Entscheidung dieser Vorfrage im positiven Sinne wäre die Grundlage für die weitere Untersuchung gegeben. Diese hätte nach Feststellung, daß der Konkursverwalter vertritt, nunmehr nur noch festzustellen, wen er im einzelnen als gesetzlicher Vertreter vertritt, um die Frage nach dem Prozeßsubjekt, nach der Partei zu erledigen.

Mit der Entscheidung der Vorfrage im negativen Sinne hingegen wäre gleichzeitig auch die Kernfrage entschieden. Denn wenn der Nachweis gelingt, daß der Konkursverwalter in den durch ihn geführten Prozessen gesetzlicher Vertreter nicht sein kann, so ergibt sich daraus gemäß der oben aufgestellten Alternative „gesetzlicher Vertreter oder Partei", wenn auch nur mittelbar, so doch nicht minder zwingend, daß der Konkursverwalter selbst Partei sein muß[1]).

Ob aber der Konkursverwalter in den durch ihn geführten Prozessen gesetzlicher Vertreter ist oder nicht, richtet sich danach, ob er im allgemeinen d. h. bürgerlich-rechtlich als gesetzlicher Vertreter betrachtet werden darf oder nicht. Dieser Zusammenhang zwischen der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters im allgemeinen und seiner Stellung im Prozeß folgt aus § 51 ZPO. Hier ist ausdrücklich ausgesprochen, daß die gesetzliche Vertretung — und nur diese kommt hier in Frage[2]) — der Parteien im Prozeß sich grundsätzlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimme[3]).

Trotz dieses untrennbaren Zusammenhangs wird die nun folgende Untersuchung, um vorliegende Frage noch umfassender und erschöpfender zu behandeln und das Ergebnis noch einwandsfreier und zwingender zu gestalten, neben der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters im allgemeinen noch besonders seine Stellung in den durch ihn geführten Prozessen untersuchen.

1.) Vgl. auch Rosenberg S. 3 n. 2 am Ende.

2.) Vgl. oben S. 4 n. 2.

3) Vgl. auch Struckmann-Koch § 51 n. 1; Hellwig II, S. 353, 369; ähnl. Thiele, Ziv. Arch. 82 S. 65.

§ 3.

B. Innerhalb der zahlreichen Theorieen, die sich mit der Konstruktion der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters beschäftigen, lassen sich im wesentlichen zwei große Gruppen unterscheiden, die älteren „Vertretungstheorieen" und die moderne „Amtstheorie"[1]. Je nach der rechtlichen Stellung, die diese beiden Richtungen dem Konkursverwalter im allgemeinen einräumen, je nachdem sie ihn also als Vertreter oder als ein von einem Privatwillen unabhängiges im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ betrachten, weisen sie ihm auch in den durch ihn geführten Prozessen die Stellung eines Prozeßvertreters oder aber Parteistellung zu.

Es ist nicht zu leugnen, daß zur ersteren Gruppe sich auch heute noch die weitaus überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller und zwar unter eingehendster Begründung ihres Standpunktes bekennt. Sie alle erblicken in dem Konkursverwalter einen gesetzlichen Vertreter, sei es der Konkursmasse oder der Gläubigerschaft oder der einzelnen Gläubiger oder des Gemeinschuldners oder der Gläubiger und des Gemeinschuldners zugleich oder teils des Gemeinschuldners teils der Gläubiger[2] und betrachten — je nach der von ihnen verfochtenen Theorie — der eine dies, der andere jenes angeblich vom Konkursverwalter vertretene Subjekt auch als Partei in den vom Verwalter geführten Prozessen[3].

Die Tatsache, daß über das angeblich vertretene Subjekt so verschiedenartige Auffassungen entstehen konnten oder entstehen mußten, ist geeignet, die jenen Theorieen gemeinsame Grundauffassung des Konkursverwalters als Vertreters von vornherein zweifelhaft erscheinen zu lassen. Nichtsdestoweniger pflegt hier der die Richtigkeit der Lösung notwendig ausschließende Grundfehler gemacht zu werden, daß man jene uns gerade zweifelhaft erscheinende[4] Grundauffassung als von vornherein gegeben hinstellt und lediglich

---

[1]) Diese Bezeichnungen finden sich bei Jaeger § 6 n. 2, 3; Willenbücher § 6 n. 9 S. 20; Voigt S. 97 Nr. 1.

[2]) Jaeger, § 6 Anmerkung 3 unter ausführlicher Literaturangabe.

[3]) Die Anhänger der gemischten Theorieen sehen je nach der Lage des Falles bald dies bald jenes der verschiedenen vom Konkursverwalter vertretenen Subjekte als Partei an. So vor allen Jaeger, § 6 n. 9.

[4]) Vgl. oben S. 5.

die Frage untersuchen zu müssen glaubt, wer vertreten werde. Unseres Erachtens ist es aber unumgänglich notwendig, zunächst die Vorfrage zu untersuchen, ob der Konkursverwalter überhaupt als Vertreter in Frage kommen kann d. h. es ist zu untersuchen, welche Merkmale den Begriff der Vertretung und den der Vertretungsmacht ausmachen und ob diese Merkmale überhaupt auf das Handeln des Konkursverwalters und die ihm zustehende Verfügungsbefugnis zutreffen [1]).

§ 4.

C. Mit Rücksicht auf die Ausdehnung der Untersuchung, die, wie betont, [2]) auf die rechtliche Stellung des Konkursverwalters sowohl im allgemeinen wie auch besonders im Prozeß gleichmäßig sich erstrecken soll, kommt es darauf an, die Begriffe „stellvertretendes Handeln" und „Vertretungsmacht" so allgemein zu fassen, daß sie in gleicher Weise auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen wie auf sonstige Rechtshandlungen, insbesondere auch auf Prozeßhandlungen angewandt werden können.

Die Möglichkeit der Bestimmung einheitlicher, in gleicher Weise für die Vertretung des Zivilrechts wie für die des Prozeßrechts maßgeblicher Begriffe von „stellvertretendem Handeln" und „Vertretungsmacht" wird vielfach bestritten.

Zur Bestimmung solcher Begriffe seien, um diese Begriffe fürs Zivilrecht maßgeblich erscheinen zu lassen, in erster Reihe die Vorschriften des BGB herbeizuziehen, in denen das Institut der Stellvertretung seine hauptsächlichste Regelung erfahren habe. Das BGB kenne und regele nur die Vertretung bei Abgabe von Willenserklärungen (arg. §§ 164–181 BGB). Der gegenständliche Inhalt der prozessualen Stellvertretung hingegen werde — ausschließlich oder doch hauptsächlich — von Prozeßhandlungen gebildet (arg. §§ 54, 81, 83 Abs. 2, 85 ZPO). Die aus den Bestimmungen des BGB gewonnenen Begriffe des

---

1) Bezüglich der Notwendigkeit der Prüfung dieser Vorfrage vgl. Fischer, Pr. Pr. II § 124 S. 676, 776, Z. 10 S. 436; Fischer in Bekker-Fischer, Beitr. Heft 6 S. 45; ähnlich Kiehl, Z. 30 S. 292 Abs. 2.

2) Vgl. oben S. 5 am Ende.

„stellvertretenden Handelns“ und der „Vertretungsmacht“ könnten demnach auf die prozessuale Stellvertretung nur dann Anwendung finden, wenn und soweit sich die Prozeßhandlungen als Rechtsgeschäfte charakterisieren. Die Prozeßhandlungen seien aber in der Mehrzahl keine Rechtsgeschäfte[1]). Vertretung im Sinne des BGB sei daher bei ihnen wie überhaupt bei allem rechtserheblichen Handeln, das nicht in der Abgabe von Willenserklärungen bestünde, ausgeschlossen, ja begrifflich unmöglich[2]). Infolgedessen gäbe es auch keine einheitlichen, für die Vertretung des Zivilrechts wie für die des Prozeßrechts in gleicher Weise maßgeblichen Begriffe.

Diese Bedenken sind unhaltbar. Im Rechtssinne, im besonderen auch im Sinne des BGB, charakterisiert sich als Stellvertretung in allgemeinster Form jedes »menschliche Verhalten,[3]) durch das die Tätigkeit eines anderen, des Vertretenen, so ersetzt wird, daß die vom objektiven Rechte mit jenem Verhalten verbundenen Wirkungen unmittelbar und ursprünglich die Person des Vertretenen treffen[4]).« Ein solches Verhalten findet sich nun tatsächlich nicht allein im Gebiet des Privatrechts und ausschließlich bei Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, sondern mehr oder weniger auf allen Rechtsgebieten und auch bei Vornahme sonstiger Rechtshandlungen. Es sei nur auf das Staatsrecht[5]), das Völkerrecht[6]), und besonders auch auf das Prozeßrecht[7]) verwiesen. Das Institut der Stellvertretung ist also seinem Wesen nach nicht ein Institut des Privatrechts, sondern ein der allgemeinen Rechtslehre angehöriges Rechts-

---

[1]) Dies weist z. B. Rosenberg S. 54—105 treffend und eingehend nach.

[2]) So Manigk, Anwendungsgebiet S. 314, 355; Biermann; Gießener Festgabe f. Dernburg S. 93; Rümelin, Ziv. Arch. 93 S. 149 ff.; dagegen halten auch nach BGB Stellvertretung bei Rechtshandlungen für möglich und zulässig: Hellwig II S. 351 II 1; Neumann I Vorbem. z. 5. Titel S. 176 ff. A II; Rosenberg S. 28 u. 1 und die dort Genannten.

[3]) Selbstverständlich nur ein juristisch bedeutsames Verhalten.

[4]) Rosenberg S. 2.

[5]) Verf. des Deutschen Reichs vom 16. 4. 1871 art. 15; Reichsgesetz betr. Stellvertretung des Reichskanzlers vom 17. 3. 1878; Vertretung des Königs von Preußen bei vorübergehender Verhinderung wie in den Jahren 1857, 1858, 1878, 1887, 1888.

[6]) Reichs-Verfassung art. 11.

[7]) §§ 51, 53, 54, 56, 57; 78 ff. insbesondere 85 ZPO.

institut, das nur, wie so viele dem Gesamtrecht angehörige Institute[1]), im Privatrecht und hier wieder besonders im Gebiet der Schuldverhältnisse seine hauptsächlichste Entwicklung und Förderung wie auch wissenschaftliche Ausgestaltung und Durchbildung erfahren hat[2]). Mag nun auch das Institut der Stellvertretung in den verschiedenen Rechtsgebieten im einzelnen verschieden geregelt worden sein, sein Wesen bleibt auf allen Rechtsgebieten im Grunde dasselbe.

1. Die Wesensgleichheit im besonderen des „stellvertretenden Handelns" ergibt sich speziell für das Zivil- und das Prozeßrecht aus folgender Erwägung. Als Bedingung der unmittelbaren Wirkung des „stellvertretenden Handelns" bezeichnet das Zivilrecht die Abgabe der Willenserklärung „im Namen des Vertretenen" (§ 164 BGB). Der Grund für die Aufstellung dieser Wirkungsvoraussetzung liegt in der rechtlichen Bedeutung und der daraus entspringenden rechtlichen Funktion des Namens. Seine rechtliche Bedeutung besteht in der Individualisierung der einzelnen Persönlichkeiten, seine rechtliche Funktion darin, die Rechtssphären der Menschen gegeneinander abzugrenzen und Rechte und Rechtsverhältnisse, die auf den Namen jemandes gestellt sind, dessen rechtlichem Herrschaftsgebiet ausschließlich zuzuweisen. Infolge dieser rechtlichen Bedeutung und Funktion des Namens sieht die Rechtsordnung bei allen solchen Handlungen, deren wesentlicher Inhalt zur Kenntnisnahme durch Dritte bestimmt ist, auch in dem Namen das geeignete Mittel, die Handlungswirkungen auf andre Personen als den Handelnden zu lenken[3]). Im Gebiet des Zivilrechts ist dies für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen durch § 164 BGB ausdrücklich ausgesprochen. Das Gleiche muß aber auch trotz Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung im Gebiet des Prozeßrechts für die Prozeßhandlungen gelten, da diese alle nur, als zur Wahrnehmung und Kenntnisnahme der Prozeßbeteiligten vorgenommen, gedacht werden können. Wie im Zivilrechte ist daher im Prozeßrechte Stellvertretung

---

1) Vgl. Laband im Vorwort zur 1. Auflage.

2) Vgl. Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 44 S. 324; Rosenberg S. 3.

3) Vgl. Lenel im Jahrb. f. Dogm. 36, S. 4.

jedes prozessualisch wirksame Verhalten im Namen und an Stelle einer Prozeßpartei[1]).

2. Wie das Wesen des „stellvertretenden Handelns" ist auch das Wesen der „Vertretungsmacht" im Zivilrecht wie im Prozeßrecht trotz der Verschiedenheit des Gegenstandes der Vertretung (dort Willenserklärungen, hier Prozeßhandlungen) dasselbe; denn der Unterschied in dem Gegenstande der Vertretung ist für die juristisch-technische und konstruktive Betrachtung nicht ausschlaggebend.

Mit Rosenberg[2]) charakterisiert sich uns das Wesen der Vertretungsmacht nicht als eine dem Vertreter zustehende „Macht" d. h. subjektive, rechtliche Fähigkeit, sondern objektiv als Zustimmung des Geschäftsherrn, welcher bei der gesetzlichen Vertretungsmacht die Anordnung des objektiven Rechts entspricht[3]), zu dem Ergebnis, dem Produkt der Handlung des Vertreters, als Zustimmung zu der von dem Vertreter erzeugten Rechtswirkung[4]).

Jede Zustimmung hat notwendig einen objektiven Charakter. Sie erstreckt sich nicht etwa subjektiv wie die Macht als rechtliche Fähigkeit auf das Handeln, die Tätigkeit, das Tun des Vertreters, sondern objektiv auf die Tat d. h. das Produkt des Tuns, der Tätigkeit, des Handelns. Infolge dieser objektiven und gewissermaßen neutralen Beziehung der Vertretungsmacht lediglich zu dem Produkt des stellvertretenden Handelns ist die Vertretungsmacht von dem Handeln selbst d. h. von ihrem Gegenstande unabhängig.

---

[1]) Rosenberg S. 3 bis 5.

[2]) a. a. O. § 3 S. 106—145 insbes. S. 117 ff. § 13.

[3]) Rosenberg S. 559, 127.

[4]) Rosenberg begründet diese Auffassung von dem Wesen der Vertretungsmacht eingehend und u. E. durchaus treffend in dem § 3 und auch im § 13 seines Werkes. Wir dagegen müssen uns eine Begründung dieser Auffassung sowie eine Auseinandersetzung mit den Gegnern versagen. Dies würde, da wir uns Rosenberg durchaus anschließen, mehr oder weniger an seine Wiederholung seiner Ausführungen hinauslaufen. Der Umfang aber einer solchen Begründung und Auseinandersetzung — Rosenberg bedarf nicht weniger als 40 Druckseiten dazu — stünde in keinem Verhältnis zu ihrem Zweck. Wir haben die Auffassung Rosenbergs zum Beweise lediglich dafür herangezogen, daß die Begriffe „stellvertretendes Handeln" und „Vertretungsmacht" für Zivil- und Prozeßrecht einheitlich sich bestimmen lassen. Im übrigen vgl. unten § 8 S. 22 n. 2.

Infolgedessen besteht auch kein Unterschied zwischen der Vertretungsmacht bei Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen und der Vertretungsmacht bei Vornahme von Prozeßhandlungen. Beider Wesen ist dasselbe, nämlich Zustimmung lediglich zu dem Ergebnis des stellvertretenden Handelns[1] [2]).

Das Wesen des stellvertretenden Handelns und der Vertretungsmacht ist also im Zivilrechte wie im Prozeßrechte dasselbe[3]).

3. Aus dieser Wesensgleichheit folgt zunächst die Möglichkeit der Bestimmung einheitlicher, in gleicher Weise für die Vertretung des Zivilrechts wie für die des Prozeßrechts maßgeblicher Begriffe des „stellvertretenden Handelns" und der „Vertretungsmacht."

Mit Rücksicht darauf, daß das dem Gesamtrecht angehörige Institut der Stellvertretung seine hauptsächlichste Entwicklung und Förderung im Gebiet des Privatrechts erfahren hat[4]), ist es infolge dieser Wesensgleichheit ferner nicht nur zweckentsprechend und berechtigt, sondern auch wissenschaftlich durchaus geboten, bei der nun folgenden Feststellung allgemeiner Begriffe für „stellvertretendes Handeln" und „Vertretungsmacht" in erster Reihe das Privatrecht heranzuziehen, obwohl doch mit Hülfe der zu findenden Begriffe neben der Stellung des Konkursverwalters im allgemeinen, vor allem seine Stellung im Prozeß noch besonders untersucht werden soll. Nur wird bei Feststellung dieser Begriffe auf spezifisch privatrechtliche oder prozeßrechtliche Eigenheiten verzichtet werden müssen[5]). Dann aber steht der Anwendung der allgemeinen,

---

1) Vgl. Rosenberg S. 117 ff., 127 ff., 134 ff., 138 ff., 143 ff.

2) Diese Wesensgleichheit zeigt sich besonders bei der Vollmacht. Bei Annahme einer Wesensverschiedenheit müßte man folgerichtig dem Prozeßbevollmächtigten zweierlei Art Vollmacht zuerkennen, da er nicht nur zur Vornahme von Prozeßhandlungen, sondern auch zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen gemäß § 81 ZPO ermächtigt ist.

3) Vgl. auch Fischer in Fischer-Henle vor § 164, Jahrb. f. Dogm. Bd. 40 S. 170; ähnlich Stegemann Z. 17 S. 357: „— denn nach den Grundsätzen der direkten Stellvertretung, die im Reichszivilprozesse anerkannt sind, —"; Rosenberg S. 28 f., 105, 143—145, 144 n. 1, 515, 516.

4) Vgl. Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 321; Laband a. a. O.; Rosenberg S. 3; vgl. auch oben S. 8 am Ende, 9 oben.

5) Denn im einzelnen weicht das Recht der prozessualischen Stellvertretung sehr oft von dem der bürgerlich-rechtlichen ab. Vgl. z. B. die §§ 78, 81 ff., 86, 88 f. ZPO.

hauptsächlich aus Bestimmungen des Privatrechts gewonnenen, Begriffe auf prozeßrechtliche Tatbestände nichts mehr im Wege[1]).

Dies erscheint in unserm Falle um so unbedenklicher, als es sich bei der Frage, ob der Konkursverwalter in den durch ihn geführten Prozessen Vertreter sei oder nicht, nur um gesetzliche Vertretung handeln kann[2]) und das Prozeßrecht hinsichtlich der gesetzlichen Vertretung selbst grundsätzlich auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts verweist, für das Recht der prozessualischen Stellvertretung grundsätzlich also nichts Besonderes gilt[3]).

II. Begrifflicher Teil.

§ 5.

II. A. 1. Von Vertretung = stellvertretendem Handeln im eigentlichen und auch dem BGB zunächst zugrunde liegenden Sinne kann u. E. immer nur dann die Rede sein, wenn sowohl im Namen wie an Stelle eines oder mehrerer erkennbarer bestimmter Rechtssubjekte Rechtshandlungen vorgenommen (aktive Stellvertretung) oder entgegengenommen werden (passive Stellvertretung).

Als wesentlichstes Begriffsmerkmal stellvertretenden Handelns

---

1) Vgl. Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. 44 S. 324; Laband im Vorwort der 1. Auflage; Rosenberg S. 145; vgl. ferner die S. 11 n. 3 Genannten. — Rosenberg erklärt die sinngemäße Anwendung der Vorschriften des BGB über Stellvertretung und Vollmacht auch auf die Prozeßvertretung für zulässig. So im einzelnen hinsichtlich des Erfordernisses des Handels „im Namen" des Vertretenen: S. 5, 524 f; hinsichtlich der Entstehung der Vertretungsmacht durch Kundmachung (§§ 171, 172, BGB): S. 540; hinsichtlich der Stellung des Pflegers: S. 548, 549 — Uebereinstimmung hinsichtlich der Begründung der gesetzlichen Vertretungsmacht folgt auch aus § 51 ZPO (vgl. auch Rosenberg S. 562 n. 1) auch S. 562 n. 2 ist zu beachten; auch Hellwig II S. 353 IV, 369.

Dagegen bestreitet auch Rosenberg nicht, daß die Stellvertretung vom BGB nur für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen normiert ist (S. 27 unten, 87, 105).

2) Vgl. oben S. 4 n. 2.

3) Vgl. Rosenberg S. 562 n. 1.

verlangt man — abgesehen von wenigen Ausnahmen — wohl übereinstimmend Handeln im Namen des Vertretenen[1]).

Dieses ist für die Vertretung bei Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen im § 164 BGB ausdrücklich ausgesprochen, gilt aber trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift analog auch für die Vertretung bei Vornahme von Prozeßhandlungen[2]).

Der Inhalt dieses Erfordernisses besteht darin, daß der Handelnde bei Vornahme der Handlung die ausdrückliche oder stillschweigende d. h. lediglich aus den Umständen zu entnehmende (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB) Erklärung abgibt, die Handlungswirkung solle nicht den Vertreter, sondern unmittelbar und ausschließlich den Vertretenen treffen. Der Unterschied zwischen aktiver und passiver Stellvertretung besteht hinsichtlich dieser Erklärung darin, daß der Vertreter desjenigen, der von der Handlungswirkung betroffen werden soll, bei der aktiven Stellvertretung der Handelnde und Erklärende selbst, bei der passiven dagegen der Handlungsempfänger d. h. derjenige ist, dem gegenüber die Handlung vorgenommen wird[3]) [4]).

Das Erfordernis des Handelns an Stelle eines andern bedeutet, der Handelnde müsse in einer Angelegenheit handeln, die rechtlich und im Außenverhältnis nicht ihn, sondern einen andern — nämlich den, in dessen Namen er handelt — angeht und in der dieser selbst zu handeln hätte, wenn nicht der Handelnde dazwischen treten würde[5]).

---

[1]) So fürs Zivil- wie fürs Prozeßrecht: Fischer in Fischer-Henle vor § 164, Pr. Pr. S. 110; Hellwig II S. 346 ff.; Rosenberg fürs Zivilrecht S. 3, fürs Prozeßrecht S. 5, 524; fürs Zivilrecht: Staudinger I 1907, S. 515 Ziff. 5 Abs. 2; Jaeger § 6 n. 5; Neumann I 1909 Vorbem. zu tit. 5; Planck, BGB vor § 164; Manigk, S. 313 ff.

A. M.: Lenel, Jb. f. Dogm. 36, S. 1 ff., 4.

[2]) Vgl. oben S. 9, Ziffer 1; Rosenberg S. 3, 5, 524.

[3]) Vgl. auch Hellwig II, S. 347 f.; Manigk, S. 314 a. E., 315; Rosenberg S. 3 f.

[4]) Im folgenden soll regelmäßig die passive Stellvertretung nicht mehr besonders betont werden. Vielmehr wird unter „stellvertretendem Handeln" auch die Empfangnahme der Rechtshandlung und unter dem „stellvertretend Handelnden" auch der Handlungsempfänger verstanden werden.

[5]) Vgl. Hellwig II, S. 347 b.

Daß stellvertretendes Handeln sowohl in der Abgabe von Willenserklärungen wie auch in der Vornahme sonstiger Rechtshandlungen, insbesondere Prozeßhandlungen bestehen könne, wurde bereits erörtert[1]). Selbstverständlich kann aber „stellvertretendes Handeln" im Rechtssinn nur in Rechtshandlungen d. h. rechtlich erheblichem Handeln bestehen. Rechtlich bedeutungsloses Handeln kann nie „stellvertretendes im Rechtssinne sein[2]).

Nur Rechtssubjekte sind vertretungsfähig d. h. können vertreten werden[3]) [4]) [5]).

---

[1]) oben S. 8 ff.

[2]) Vgl. Mitteis, S 2; Hellwig II, S. 351 II 1; Rosenberg S. 2, der ebenfalls die Beschränkung auf juristisch bedeutsame Handlungen für selbstverständlich hält.

[3]) Vgl. §§ 164 ff., 26 BGB — § 58 ZPO widerspricht obiger Auffassung nicht, sofern man als den Vertretenen den zukünftigen Eigentümer ansieht. Überdies handelt es sich mangels des Erfordernisses der „Bestimmtheit' des vertretenen Subjektes im Falle des § 58 ZPO garnicht um Vertretung im technischen Sinne trotz des widersprechenden Wortlauts des Gesetzes. — Über das Erfordernis der „Bestimmtheit" vgl. unten S. 15.

[4]) So auch die gemeine Meinung: vgl. Fischer in Bekker Fischer Beitr. 6, S. 44, Pr. Pr. S. 109: „Rechtssubjekts", Fischer-Henle vor § 164: „Personen" Riezler in Staudinger I, S. 515; Jaeger § 1 n. 51, § 6 n. 9; Rosenberg S. 2; Manigk, S. 320; Petersen, Z. 9 S. 23 ff.; Sarwey-Bossert § 6 n. 5 S. 66; Jaeger § 6 n. 9.

[5]) Auch Hellwig, der z. B. den Konkursverwalter als Vertreter der Masse auffaßt (Lehrb. I 295 f. verb. m. 310), scheint nur Rechtssubjekte für vertretungsfähig zu halten. Denn er sieht die Masse während der Dauer des Konkurses als mit selbständiger Rechtsfähigkeit ausgerüstet an (a. a. O. 308 ff.). Auch sagt er (Lehrb. II 372), daß der curator rei, als den er auch den Konkursverwalter bezeichnet, nicht etwa eine Sache vertrete, da die Sache nicht vertretungsfähig sei.

Immerhin bleibt sein Standpunkt bezüglich der Rechtsnatur der Masse unklar und zweifelhaft. Einmal führt er aus (Lehrb. I 295), daß das selbstständige Sondervermögen (im Konkurs also die Masse) einer bestimmten Person gehöre und deshalb keine juristische Person sei, trotzdem aber während der Dauer der separatio (des Konkurses) wie eine juristische Person behandelt werde. Hiernach hält er die Masse für Rechtsobjekt, das nur einem Rechtssubjekt gleich behandelt wird. An andrer Stelle hingegen scheint er die Masse geradezu für ein Rechtssubjekt zu halten. So will er (a. a. O. S. 309 n. 3) die Masse nicht „nur als Rechtsobjekt" betrachtet wissen ja er rechtfertigt (S. 309) die Rechtsfähigkeit der selbständigen Sondervermögen damit, daß

Aus dem Erfordernis des Handelns „im Namen" eines Rechtssubjektes folgt notwendig auch das Erfordernis der Bestimmtheit, mindestens aber der Bestimmbarkeit, des vertretenen Subjekts. Denn da die rechtliche Bedeutung des Namens in der Individualisierung der einzelnen Persönlichkeiten besteht[1]), so ist ein Handeln im Namen einer nicht individuell bestimmten oder zum mindesten doch aus den Umständen bestimmbaren Person begrifflich unmöglich. — Jedes als Rechtswirkung entstandene Recht (z. B. Dienstbarkeit, Eigentum, Darlehnsforderung) ist zwar in abstracto d. h. losgelöst von jedem Rechtssubjekt denkbar, im Verkehr kann es aber nur in fester Bindung an Rechtssubjekten vorkommen. Es genügt daher zur Bestimmung einer speziellen Rechtswirkung nicht allein ihre Individualisierung der Art nach, sondern es bedarf auch der Angabe der Person, in der die Rechtswirkung eintreten soll; und der auf Eintritt einer Rechtswirkung gerichtete Wille wird neben der Art der Wirkung auch die Person umfassen müssen, in der die gewollte Wirkung sich äußern soll. Da die Wirkungen der vom Vertreter vorgenommenen Rechtshandlungen sich stets in Rechtssubjekten äußern, so wird auch der Vertreter, um eine Vertretungswirkung herbeiführen zu können, nicht allein angeben dürfen, daß er vertreten wolle, daß er schlechthin in fremdem Namen, im Namen eines andern handeln wolle, sondern er wird auch angeben müssen, wen er vertreten will d. h. er wird den Vertretenen individuell bezeichnen müssen[2]) [3]).

§ 6.

2. Jedes rechtlich bedeutsame Handeln, das im Namen und an Stelle eines oder mehrerer erkennbarer bestimmter Rechts-

---

ihre Verwalter die Sonderstellung der gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen (ihrer sog. Organe) haben. — Gegen eine solche Personifikation des Sondervermögens vgl. Gaupp-Stein 1906 Vorbem. vor § 50 I c.; Kiehl, Z. 30, S. 299 f.

[1]) Vgl. oben S. 9 Ziffer 1.

[2]) Vgl. Manigk, S. 320.

[3]) Bestimmtheit des vertretenen Subjekts verlangen auch Fischer in Fischer-Henle vor § 164, Riezler bei Staudinger I S. 515; hinsichtl. des gesetzl. Vertreters Gaupp-Stein vor § 50 I c, speziell im Prozeß Eccius, Gruch. 33, S. 735; Stegemann Z. 17, S. 330.

subjekte vorgenommen oder entgegengenommen wird, ist an sich — kraft seines Inhalts und der Art seiner Vornahme — geeignet, denselben Rechtserfolg zu haben wie die Tätigkeit des Vertretenen selbst. Es ist jedoch lediglich geeignet d. h. es kann, aber es muß nicht den beabsichtigten Rechtserfolg haben. Die Verwirklichung der Vertretungsabsicht, der bestimmungsmäßige Eintritt der Wirkung in der Person des Vertretenen hängt im einzelnen Falle vielmehr von dem Vorhandensein eines weiteren Tatbestandes, von dem Vorhandensein der Befugnis zum stellvertretenden Handeln, der sog. Vertretungsmacht ab[1]. Bilden somit stellvertretendes Handeln und Vertretungsmacht erst in ihrer Vereinigung den Gesamttatbstand, der die Voraussetzung direkter Vertretungswirkung ist, so wäre es doch verfehlt, die Vertretungsmacht dem stellvertretenden Handeln unterzuordnen und sie etwa im Begriff des stellvertretenden Handelns als Begriffsmerkmal des letzteren mitenthalten zu denken. Vielmehr stellen sich innerhalb des Gesamttatbestandes, der die Voraussetzung direkter Vertretungswirkung ist, stellvertretendes Handeln und Vertretungsmacht als die einander durchaus nebengeordneten Bestandteile dieses Gesamttatbestandes dar, die in gleicher Weise von einander begrifflich unabhängig und durchaus zu scheiden sind, wie jedes Tun von der Befugnis zu diesem Tun begrifflich verschieden und demnach auch zu scheiden ist[2].

Dieses Nebeneinander der beiden Begriffe äußert sich vor allem in der völligen Unabhängigkeit des stellvertretenden Handelns von dem Vorhandensein der Vertretungsmacht. Denn einmal bleibt ein Handeln, das die oben erforderten Begriffsmerkmale des stellvertretenden Handelns aufweist, „stellvertretendes" ohne Rücksicht darauf, ob der Vertreter mit oder ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Dies ergibt sich deutlichst aus den §§ 177—180 BGB, in denen die Vertretung ohne Vertretungsmacht geregelt ist und der ohne Vertretungsmacht stellvertretend Handelnde Vertreter genannt wird (§ 179). Und umgekehrt wird ein Handeln nicht schon deshalb zum stellvertretenden, weil der Handelnde mit Vertretungsmacht ausgerüstet ist, selbst wenn er gerade die Rechts-

---

[1]) Vgl. Hupka, Vollmacht 1900 S. 1.

[2]) A. M.: Lenel, Jh. Jb. f. Dogm. 36, S. 1 ff. und die bei Rosenberg, S. 10 n. 2 Genannten.

handlung vornimmt, zu deren stellvertretender Vornahme er kraft seiner Vertretungsmacht befugt ist. (Es fehlt z. B. das Erfordernis des Handelns im fremden Namen). Vielmehr muß jene Handlung selbständig zunächst alle Begriffsmerkmale des stellvertretenden Handelns aufweisen. — Denn die Vertretungsmacht ist Voraussetzung lediglich der Folgen, nicht auch Voraussetzung des Begriffs des stellvertretenden Handelns. Den Begriff eines Handelns wird immer nur die Art und Weise seiner Vornahme bestimmen können.

Ist aber das stellvertretende Handeln von dem Vorhandensein der Vertretungsmacht begrifflich völlig unabhängig, so muß es folgerichtig unabhängig sein auch von dem Eintritt der durch das Vorhandensein der Vertretungsmacht bedingten Wirkung. Und zwar auch wieder in doppelter Hinsicht[1]). Einmal wird ein Handeln, das alle Begriffsmerkmale des „stellvertretenden" aufweist, als solches selbst dann angesprochen werden müssen, wenn es mangels Vorhandenseins der Vertretungsmacht auch nicht die geringste Wirkung in der Rechtssphäre[2]) des Vertretenen äußert; und umgekehrt wird der Umstand allein, daß die Rechtswirkungen eines Handelns die Rechtssphäre, den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten, eines andern als des Handelnden unmittelbar treffen, dieses Handeln noch keineswegs als stellvertretendes qualifizieren. — Würde in der unmittelbaren Wirksamkeit für fremde Rechtssphären das ein Handeln als „stellvertretendes" kennzeichnende Merkmal zu erblicken sein, so müßten unter dem Begriff „Stellvertretung" die verschiedenartigsten Rechtsinstitute zusammengefaßt werden. Dann wären z. B. der Vertrag zugunsten Dritter, die vom Ehemann kraft seines Verwaltungsrechts im eigenen Namen vorgenommenen Verwaltungshandlungen, die im eigenen Namen getroffenen, aber in folge Zustimmung des Berechtigten oder guten Glaubens des Erwerbers trotzdem wirksamen Verfügungen eines Nichtberechtigten u.a.m. als Vertretung anzusprechen. Eine derartige Ausdehnung des

---

[1]) Analog der Unabhängigkeit des stellvertretenden Handelns von dem Vorhandensein der Vertretungsmacht vgl. oben S. 16 Abs. 2.

[2]) d. h. innerhalb des Kreises der Rechte und Verbindlichkeiten des Vertretenen. In dieser Bedeutung wird das Wort „Rechtssphäre" ständig gebraucht werden.

Begriffs „Stellvertretung“ würde aber seine wissenschaftliche Verwertbarkeit unmöglich machen.

Der Umstand also, daß ein Handeln unmittelbare Wirkung innerhalb der Rechtssphäre eines andern als des Handelnden äußert, ist für die Entscheidung der Frage, ob der Handelnde Vertreter ist oder nicht, für sich allein überhaupt bedeutungslos[1].

§ 7.

3. Stellvertretendes Handeln und Vertretungsmacht sind von einander unabhängige Begriffe. Jeder kann für sich allein bestehen: Stellvertretendes Handeln ohne Vertretungsmacht, Vertretungsmacht ohne stellvertretendes Handeln. In beiden Fällen besteht aber auch keine Vertretungs**wirkung**.

Soll sich Wirkung äußern, so müssen stellvertretendes Handeln (H) und Vertretungsmacht (M) sich vereinen und zwar in Bezug auf einen bestimmten konkreten Fall (F). Erst ihre Vereinigung im konkreten Fall schafft Vertretungswirkung (W).



Diese Erscheinung ist nicht auf das Gebiet der Stellvertretung beschränkt. Sie findet sich im Rechtsleben ganz allgemein bei jedem Handeln, das geeignet ist, Wirkungen in fremder Rechtssphäre hervorzubringen, und diese Wirkungen auch im konkreten Fall hervorbringt. Immer sind Handeln und Handlungsmacht[2] in abstracto, begrifflich von einander unabhängig, so daß jeder Begriff für sich allein bestehen kann; Wirkung aber wird sich äußern

[1] Vgl. hierzu Rosenberg S. 9–12, 20, 115 f., 118, 523, 535; Hellwig II, 348 f., 351 f.; auch Fischer sieht die Wirkung nicht als unbedingtes Erfordernis des stellvertretenden Handelns an, vgl. Fischer-Henle vor § 164 und die Worte im Pr. Pr. S. 109, 110: „Soweit die Befugnis zur Vertretung vorhanden ist, wird bei der direkten Stellvertretung der Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet.“

[2] d. h. der Tatbestand, von dessen Vorhandensein die Wirkung des Handelns abhängt. Vgl. unten § 8 S. 22 n. 2. Mit dem Ausdruck „Handlungsmacht“ wird hier wie an jeder anderen Stelle der Arbeit schlechthin **jeder** Tatbestand bezeichnet, der einem Handeln unmittelbare Wirkung für die Rechtssphäre, den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten, eines Andern als des Handelnden verleiht. Das Subjekt der Rechtssphäre, in der sich die Wirkung äußert, soll stets als „der Andere“, der mit Wirkung für die fremde Rechtssphäre Handelnde stets schlechtweg als der „Handelnde“ bezeichnet werden.

immer erst bei Vereinigung beider Begriffe in concreto, in Bezug auf einen bestimmten Fall. — Als Beispiel diene der Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer. Das Verfügen des Nichteigentümers und der gute Glaube des Erwerbers sind begrifflich völlig unabhängig von einander. Jeder der beiden Begriffe kann für sich allein bestehen. Die Verwirklichung der Verfügungsabsicht, der Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer, tritt dagegen erst dann ein, wenn beide Begriffe vorhanden sind und sich in einem bestimmten Falle treffen.

Jedes Handeln, das geeignet ist, Wirkungen in fremder Rechtssphäre hervorzubringen, kann diese Wirkung nicht im Verein mit einem beliebigen, sondern nur im Verein mit dem ihm gerade entsprechenden Tatbestande hervorbringen. Die Verfügung des Nichteigentümers bedarf daher, um wirksam zu werden, des guten Glaubens des Erwerbers; die Verfügung des Nichtberechtigten der Zustimmung des Berechtigten; gewisse Verfügungen des Ehemanns der ihm im § 1443 BGB eingeräumten Verwaltungsbefugnis. Stellvertretendes Handeln endlich kann einzig und allein im Verein mit Vertretungsmacht Vertretungswirkung äußern.

Ist somit die Wirkung die Folge der Vereinigung eines Handelns mit der ihm entsprechenden Handlungsmacht zu einem Gesamttatbestande, so wird überall da im Rechtsleben, wo die Wirkungen eines Handelns fremde Rechtssphären treffen, aus der Art des Handelns auf die Art der diesem Handeln Wirkung verleihenden Handlungsmacht, und umgekehrt aus der Art der Handlungsmacht auf die des Handelns geschlossen werden können.

Dies bedeutet auf die Stellvertretung angewandt:

Läßt sich bei einem Handeln mit Wirkung für fremde Rechtssphären nachweisen, daß dies Handeln kein stellvertretendes ist, so ist damit auch nachgewiesen, daß die diesem Handeln Wirkung verleihende Handlungsmacht keine Vertretungsmacht ist; und umgekehrt: Läßt sich bei einem Handeln mit Wirkung für fremde Rechtssphären nachweisen, daß der Wirkung nicht eine Vertretungsmacht d. h. die Befugnis zum Handeln im Namen des von der Wirkung Betroffenen, sondern irgend ein andrer Tatbestand (z. B. die Zustimmung des Berechtigten im Falle des § 185 BGB,

Gutgläubigkeit des Erwerbers bei einer Verfügung des Nichteigentümers u. s. w.) zugrunde liegt, so ist damit gleichzeitig nachgewiesen, daß jenes Handeln kein stellvertretendes sein kann.

Die Wirkung bildet somit eine Art Medium, ein vermittelndes Band zwischen den im übrigen streng zu sondernden Begriffen „Handeln“ und „Handelsmacht“ im allgemeinen und zwischen „stellvertretendem Handeln“ und „Vertretungsmacht“ im besondern. Als einander nebengeordnete Glieder des die Wirkungsvoraussetzung darstellenden Gesamttatbestandes, — aber auch nur als solche —, stehen diese Begriffe trotz ihrer begrifflichen Unabhängigkeit in einer Wechselbeziehung, die es gestattet, je nach dem Vorhandensein oder Fehlen des einen Begriffs auch das Vorhandensein des ihm entsprechenden andern Begriffs zu bejahen oder zu verneinen.

Die für die Beurteilung der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters zunächst entscheidende Frage wurde eingangs der Arbeit[1]) dahin formuliert: Ist der Konkursverwalter Vertreter oder nicht[2])? Die in § 6 durchgeführte begriffliche Scheidung zwischen stellvertretendem Handeln und Vertretungsmacht, die dort behauptete Unabhängigkeit der beiden Begriffe von einander, vor allem aber die Behauptung, daß es auch Vertreter ohne Vertretungsmacht gäbe, konnten den Gedanken nahelegen, die weitere Untersuchung habe sich ausschließlich auf das Handeln des Konkursverwalters zu beschränken, dagegen die Frage, ob seine Handlungsmacht (Verfügungsmacht[3]) auch Vertretungsmacht sei, als unwesentlich außer acht zu lassen. Dieser Gedanke ist insofern richtig, als man eine Person, deren Handeln kein „stellvertretendes“ ist, hinsichtlich dieses Handelns nie und nimmer wird „Vertreter“ nennen können. Der Gedanke übersieht aber die im Fall des Vorhandenseins einer Wirkung zwischen Handeln und Handlungsmacht bestehende Wechselbeziehung und die auf dieser Beziehung beruhende Möglichkeit, die Frage, ob das Handeln „stellvertretendes“, der Handelnde also Vertreter sei, lediglich danach zu entscheiden, ob der jenem Handeln Wirkung verleihende Tatbestand sich als Vertretungsmacht darstellt

---

1) § 2 S. 5.

2) Dies ist die bisher stets übliche Formulierung. Vgl. auch Rosenberg S. 138.

3) Vgl. unten § 17.

oder nicht. Die Voraussetzung dieser Wechselbeziehung, das tatsächliche Bestehen einer Handlungs w i r k u n g, liegt beim Konkursverwalter vor. Seine Handlungen treffen, wie unbestritten feststeht, in der Tat eine ihm fremde Rechtssphäre, den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners. Die Frage, ob der Konkursverwalter Vertreter sei oder nicht, wird daher durch eine Untersuchung seiner Handlungsmacht auf ihre Eigenschaft als Vertretungsmacht hin in gleicher Weise entschieden werden wie durch eine Untersuchung seines Handelns. Die im § 6 erkannte Notwendigkeit begrifflicher Scheidung zwischen stellvertretendem Handeln und Vertretungsmacht darf lediglich veranlassen, die Frage, ob der Konkursverwalter Vertreter ist oder nicht, in zwei Fragen zu zerlegen und richtiger dahin zu formulieren: Ist das Handeln des Konkursverwalters stellvertretendes Handeln? und: Ist die ihm zustehende Handlungsmacht Vertretungsmacht[1]?

Zwei Wege sind somit gegeben, auf denen die Lösung der Frage nach der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters möglich ist. Der eine führt so gut zum Ziel wie der andere. Die Beantwortung der einen Frage schließt notwendig die Beantwortung der andern in sich, wie wir wissen. Wir wollen dennoch beide Wege unabhängig verfolgen, beide Fragen unabhängig von einander zu entscheiden versuchen. Ist uns auf diese Weise doch die erwünschte Möglichkeit gegeben, das Ergebnis der einen Untersuchung durch das Ergebnis der andern, gleichsam als Probe auf's Exempel, bestätigen zu lassen.

§ 8.

B. 1. Das Wesen der Vertretungsmacht kennzeichnet Rosenberg[2]) als einen »von der Person und der Tätigkeit des Vertreters unabhängigen, daher nicht subjektiv, sondern objektiv zu bestimmenden Tatbestand, der dadurch charakterisiert wird, daß er die von dem Gesetze mit der Handlung des Vertreters verknüpfte objektive

---

1) Wenn trotzdem im folgenden — namentlich im Teil III B — der Kürze halber gesagt werden wird, der Konkursverwalter sei nicht „Vertreter", so bedeutet das entweder: sein Handeln sei kein „stellvertretendes" oder: die ihm zustehende Handlungsmacht sei nicht „Vertretungsmacht".

2) A. a. O. S. 560 f.

Rechtswirkung in der Person des Vertretenen als das durch den Inhalt der Vertreterhandlung Bezeichneten entstehen und für dessen, nicht des Vertreters Rechtsverhältnisse bedeutsam werden läßt.

Dieser Definition ist insofern beizustimmen, als sie in der Vertretungsmacht objektiv einen Tatbestand und nicht mit der herrschenden Meinung[1]) subjektiv eine Macht d. h. eine rechtliche Fähigkeit, ein rechtliches Können des Vertreters erblickt[2]). Auch die Betonung der Unabhängigkeit dieses Tatbestandes von der Person des Vertreters ist berechtigt.

Nur bedingt zuzustimmen ist dagegen der in jener Begriffsbestimmung aufgestellten Behauptung, daß der Tatbestand „Vertretungsmacht" rein objektiv zu bestimmen sei.

Zunächst ist die Voraussetzung, aus der Rosenberg die Berechtigung zu rein objektiver Bestimmung der Vertretungsmacht herleitet: daß nämlich der Tatbestand „Vertretungsmacht" nicht nur von der Person, sondern auch von der Tätigkeit des Vertreters unabhängig sei, u. E. nicht durchaus zutreffend. — Noch im gemeinen Recht war in Einzelfällen die Vertretungsmacht von der Art der Tätigkeit des Vertreters abhängig. So war z. B. die Wirksamkeit eines vom Vormund im Namen des Mündels vorgenommenen Rechtsgeschäfts für den Mündel davon abhängig,

---

1) Vgl. Rosenberg S. 117 n. 3 und die dort angeführte Literatur.

2) Ähnlich Staudinger S. 523. Die Auffassung der Vertretungsmacht als eines Tatbestandes findet eine Stütze in den Untersuchungen Schloßmanns auf die auch Rosenberg S. 122 hinweist. Rosenberg führt aus: Schloßmann habe in seiner Lehre von der Stellvertretung Bd. I S. 234 ff. gezeigt, daß die rechtlichen Eigenschaften (wie Geschäftsunfähigkeit, Unfreiheit u. a.) nur die Wirkungen bestimmter, die Verhältnisse oder Handlungen gewisser Personen regelnder Rechtssätze sind, die in unsrer Vorstellung zu Eigenschaften der betroffenen Person dadurch werden, daß wir die durch den Rechtssatz angeordneten Folgen gleichsam auf diese Person projizieren und das so gewonnene Projektionsbild als die in der Person selbst gelegene, ihr inhärierende Ursache der lediglich auf dem objektiven Rechtssatz beruhenden Wirkung vorstellen.

Diese Ausführungen, denen wir uns anschließen, mögen zur Begründung der Auffassung der Vertretungsmacht als eines Tatbestandes genügen. Eine eingehendere Begründung würde über den Rahmen der Arbeit weit hinausgehen und auch untunlich sein, da eine Stellungnahme in dem Streit, ob die Vertretungsmacht „Macht" oder Tatbestand sei, für die weitere Untersuchung aus den unten S. 27 n. 4 angegebenen Gründen unwesentlich ist.

daß sich dieses Rechtsgeschäft nicht als arglistiger Eingriff in das Vermögen des Mündels darstelle[1]). — Eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht hat die neuere Gesetzgebung nicht aufgenommen[2]). Auch wir forderten deshalb oben[3]) für das heutige Recht grundsätzliche Scheidung zwischen der Tätigkeit des Vertreters und dem ihr Wirkung verleihenden Tatbestande, zwischen stellvertretendem Handeln und Vertretungsmacht. Dies jedoch nur insofern, als wir betonten, daß stellvertretendes Handeln von dem Vorhandensein der Vertretungsmacht unabhängig sei. Aber schon oben wurde auf die aus der Abhängigkeit der Wirkung des stellvertretenden Handelns von dem Vorhandensein der Vertretungsmacht sich ergebende Wechselbeziehung zwischen Handeln und Macht und auf die aus dieser Beziehung wieder sich ergebende Möglichkeit hingewiesen, je nach Vorhandensein oder Fehlen der Begriffsmerkmale des einen Begriffs auch das Vorhandensein des andern zu bejahen oder zu verneinen[4]).

Schon infolge dieses trotz begrifflicher Scheidung bei Vorhandensein der Wirkung immerhin doch bestehenden Zusammenhangs zwischen stellvertretendem Handeln und Vertretungsmacht kann auch die Behauptung Rosenbergs, daß der Tatbestand „Vertretungsmacht“ von der Tätigkeit des Vertreters ebenso völlig unabhängig sei wie von seiner Person,[5]) nicht als richtig anerkannt werden. Es kann deshalb auch nicht als richtig anerkannt werden die aus der Behauptung doppelter Unabhängigkeit gezogene Schlußfolgerung Rosenbergs, daß der Tatbestand von dem lediglich die Wirkung stellvertretenden Handelns abhängig ist, rein objektiv zu bestimmen sei.

Aber abgesehen hiervon würde das Erfordernis rein objektiver Bestimmung auch zu einer Gleichsetzung des Tatbestands „Vertretungsmacht“ mit den verschiedensten andern Tatbeständen führen, bei deren Vorhandensein die Rechtsordnung einem Handeln Wirksamkeit für fremde Rechtssphären verleiht. Solche Tat-

[1]) l. 7 § 3 D. pro emt. 41,4; Seuffert XXIV, 126; RG XV, 42.

[2]) Mot. z. BGB IV S. 1086.

[3]) § 6 und 7 am Anfang.

[4]) Vgl. oben § 7.

[5]) Was letzteres nicht bestritten wird (oben S. 22).

bestände sind z. B. die Zustimmung des Berechtigten zu der Verfügung des Nichtberechtigten, der gute Glaube des Erwerbers beim Erwerb vom Nichteigentümer, die Zustimmung der Ehefrau zu Verfügungen, die der Ehemann über eingebrachtes Gut im eigenen Namen getroffen hat (§ 1375), die Verfügungsmacht des Ehemanns in den Fällen des § 1376 BGB, kraft deren er auch ohne Zustimmung der Ehefrau über ihr eingebrachtes Gut im eigenen Namen verfügt, das Verwaltungsrecht des Ehemannes, kraft dessen er ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht im eigenen Namen gerichtlich geltend macht (§ 1380 BGB), die Tatsache der Veräußerung des Streitgegenstandes, kraft deren die Wirkungen des vom Rechtsvorgänger in der bisherigen Weise fortgesetzten Rechtsstreits den Rechtsnachfolger treffen (§ 265 ZPO) u. a. m. Alle diese Tatbestände sind von der Person und der Tätigkeit des Handelnden unabhängig, daher nicht subjektiv sondern objektiv zu bestimmen, und werden dadurch charakterisiert, daß sie die vom Gesetze mit der Handlung des Handelnden verknüpfte objektive Rechtswirkung in der Person eines Andern als des Handelnden entstehen und für dessen, nicht des Handelnden Rechtsverhältnisse bedeutsam werden lassen[1] [2].

Alle diese Tatbestände würden sich demnach von der Vertretungsmacht lediglich dadurch unterscheiden, daß beim Vorhandensein der Vertretungsmacht stellvertretendes, beim Vorhandensein der andern Tatbestände **nicht**-stellvertretendes Handeln mit Wirkung für Dritte versehen wird. Ob ein gegebener Tatbestand Vertretungsmacht ist oder nicht, würde alsdann lediglich danach zu beurteilen sein, ob das Handeln, dem dieser Tatbestand Wirkung verleiht, stellvertretendes ist oder nicht.

Das Erfordernis rein objektiver Bestimmung des Tatbestandes „Vertretungsmacht" würde also wieder auf das Handeln zurückführen. Damit wäre aber für die Zwecke unserer

---

[1]) Vgl. die Definition der Vertretungsmacht oben S. 21 f.

[2]) In den Fällen, in denen das Handeln in der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechts besteht, ist zwar das Urteil auf den Namen des Handelnden gestellt. Die Wirkungen des Urteils treffen aber auch in diesem Falle unmittelbar und ausschließlich die Rechtssphäre des Trägers des materiellen Rechts. Vgl. auch unten § 24.

Untersuchung wenig gewonnen. Diese will ja die Frage, ob die Handlungsmacht des Konkursverwalters Vertretungsmacht ist oder nicht, gerade unabhängig von der andern Frage entscheiden, ob sein Handeln stellvertretendes ist oder nicht [1]. Dies ist aber nur möglich, wenn auch der Begriff der Vertretungsmacht völlig unabhängig von dem des stellvertretenden Handelns bestimmt wird.

Aber abgesehen von dieser Zweckmäßigkeitserwägung ist u. E. auch sachlich und wissenschaftlich die Kennzeichnung der Vertretungsmacht als eines nur objektiv zu bestimmenden Tatbestandes nicht berechtigt. Denn wenngleich die Vertretungsmacht ein in jedem Falle von der Person und in gewissem Sinne auch von der Tätigkeit des Vertreters unabhängiger und daher in der Hauptsache objektiv zu bestimmender Tatbestand ist, so darf nicht verkannt werden, daß für die Rechtsordnung bei Setzung dieses Tatbestandes subjektive Momente leitend und gleichsam das Motiv zur Setzung dieses Tatbestandes gewesen sind. Insofern liegen der Vertretungsmacht auch subjektive Momente zu Grunde, wird also auch der Begriff der Vertretungsmacht subjektiv bestimmbar und daher zu bestimmen sein.

Daß und welche subjektiven Momente bei Setzung des Tatbestandes der Vertretungsmacht maßgebend gewesen sind, oder anders ausgedrückt, daß bestimmte Motive die Rechtsordnung veranlaßt haben, die im Namen eines Andern vorgenommene d. h. also die stellvertretende Handlung auch mit Wirkung für den Andern zu versehen, und welche Motive dies sind, das wird die Betrachtung der Voraussetzungen lehren, von denen die Rechtsordnung den Eintritt der Rechtswirkung in Fällen unzweifelhaft stellvertretenden Handelns abhängig macht. Die vergleichende Betrachtung wird ergeben, daß allen den Tatbeständen, von denen das Gesetz die Rechtswirkung eines unzweifelhaft stellvertretenden Handelns abhängig macht, mit andern Worten, daß allen den Tatbeständen, die unstreitig von allen als Vertretungsmacht angesehen werden, ein gemeinschaftlicher Gedanke zu Grunde liegt, so verschiedenartig diese Tatbestände im einzelnen auch gestaltet sein mögen.

---

[1] Vgl. oben § 7 S. 21.

Dies Ergebnis berechtigt aber den jenen unzweifelhaft als Vertretungsmacht angesehenen Tatbeständen zugrunde liegenden gemeinschaftlichen Gedanken als Charakteristikum der Vertretungsmacht zu betrachten[1]) und je nach seinem Vorhandensein oder Fehlen bei zweifelhaften Tatbeständen[2]) ihre Natur als Vertretungsmacht zu bejahen oder zu verneinen.

§ 9.

2a. Der Grundgedanke — und auf diesen wollen wir die nachfolgende vergleichende Betrachtung beschränken —, der allen diesen in Betracht kommenden Tatbeständen, die man unter dem kurzen Ausdruck „Vertretungsmacht" zusammenfaßt, zugrunde liegt, ist das **ausschließliche Interesse** des **Vertretenen**[3]) [4]).

---

[1]) Vgl. Rosenberg S. 539 und 540 oben.

[2]) d. h. bei Tatbeständen, die nicht anerkanntermaßen als Vertretungsmacht gelten.

[3]) Ebenso Fischer, Pr. Pr. S. 109; ders. in Fischer-Bekker, Beitr. VI. 44; Fischer-Henle vor § 164; Gaupp-Stein 1906 vor § 50 I c bezügl. des gesetzl. Vertreters im Prozeß. Vgl. auch Stegemann Z. 17 S. 331, 369 f.; Schloßmann, Jb. f. Dogm. 44 S. 315; Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 121; ähnlich Kiehl, Z. 30 S. 292, 295; Hölder, S. 106 f.

A. M.: Petersen, Sächs. Arch. I, 8 f.; Jaeger § 6 n. 7; Petersen-Kleinf. § 6 n. 13; Hupka, Vollmacht S. 3 ff.

Rieglers Stellung ist nicht ganz klar. Bei Staudinger a. a. O. S. 515 Ziff. 5 Abs. 2 sagt er: „Nicht Vertreter im technischen Sinne ist, wer die ihm zustehende Befugnis lediglich zur Wahrung allgemeiner, nicht eine von vornherein bestimmte Person berührender Interessen auf Grund Gesetzes erhalten hat". Hiernach scheint doch auch er die Maßgeblichkeit des Interesses des Vertretenen für das Handeln des Vertreters als zum Begriff der Vertretungsmacht gehörig zu erachten. Dem widerspricht auch nicht der a. a. O. S. 516 gegen Fischer gerichtete Satz: „Zu weit geht es, wenn (von Fischer-Henle in der Vorbem. vor § 164) zum Begriff des Vertreters gefordert wird, daß er im ausschließlichen Interesse des Vertretenen handle. Die Handlung hört darum nicht auf, Stellvertretung zu sein, daß sie auch dem Interesse des Handelnden selbst dient". Riezler scheint hier Fischer mißverstanden zu haben, wie weiter unten S. 57, 58 ausgeführt. Im Grunde meint Riezler u. E. mit dem Verlangen, daß der Vertreter seine Befugnis zur Wahrung von eine von vornherein „bestimmte" Person berührender Interessen erhalten haben müsse, dasselbe, was Fischer mit dem Wort „ausschließlich" sagen will. —

All die Genannten beziehen die Maßgeblichkeit des Vertretenen Interesses schlechthin auf die „Vertretung". Da aber in dieser Arbeit begriffliche

Dies tritt bei der sog. gewillkürten Vertretungsmacht weniger hervor als bei der sog. gesetzlichen Vertretungsmacht. Denn da das Gesetz (die Rechtsordnung) in den Fällen der sog. gewillkürten Vertretungsmacht den Eintritt der Rechtswirkung für den Vertretenen entweder ganz von dem Willen des Vertretenen abhängig macht — so in dem Hauptfall der Einwilligungserklärung (Vollmacht) des Vertretenen — oder doch dem Willen des Vertretenen einen gewissen Einfluß einräumt — so in den der Vollmacht gleichgestellten, dem Willen des Vertretenen zum mindesten nicht

Scheidung zwischen stellvertretendem Handeln und Vertretungsmacht gefordert wird, so muß an dieser Stelle betont werden, daß die Berücksichtigung des Interesses des Vertretenen ein Begriffsmerkmal der Vertretungsmacht, nicht des stellvertretenden Handelns ist. Wenn z. B. die zum Schutz des Mündels gegebene Vorschrift des § 1795 BGB sagt: „Der Vormund kann den Mündel nicht vertreten", so wird der Vormund hierdurch nicht in seinem Handeln beschränkt; stellvertretend handeln kann der Vormund auch in den Fällen des § 1795, soviel er will, nur versagt das Gesetz diesem Handeln die Rechtswirkung. Und die Rechtswirkung ist, wie wir schon betont haben (oben § 6), eine Folge nicht des stellvertretenden Handelns, sondern der Vertretungsmacht, ihr Fehlen also nicht eine Folge des Mangels stellvertretenden Handelns, sondern eine Folge mangelnder Vertretungsmacht. (Vgl. hierzu auch Rosenberg S. 138). Auch werden die Bestimmungen, aus denen die Berücksichtigung des Vertretenen-Interesses abgeleitet werden wird, stets als Beschränkungen der Vertretungsmacht bezeichnet. (Vgl. Fischer-Henle § 181 n. 6, § 1821 n. 1).

[1]) Hierbei ist es nun gleichgültig, ob wir nachweisen, daß die Rechtsordnung bei Erteilung der persönlichen Fähigkeit, der Vertretungsbefugnis, die wir „Vertretungsmacht" nennen, das ausschließliche Interesse des Vertretenen im Auge gehabt und zum Ausgangspunkt genommen hat, oder ob wir nachweisen, daß für die Rechtsordnung bei Setzung all der mannigfachen Tatbestände, die wir unter dem Namen „Vertretungsmacht" zusammenfassen, das Interesse des Vertretenen ausschließlich leitend gewesen ist. Uns interessiert lediglich, daß der Vertretungsmacht, mag man sie im einzelnen Falle als rechtliche Eigenschaft des Vertreters oder als Tatbestand auffassen, das ausschließliche Interesse des Vertretenen zugrunde liegt.

Jedenfalls soll uns die richtige Erkenntnis des Wesens der Vertretungsmacht als eines objektiven Tatbestandes nicht hindern, hin und wieder von der Vertretungsmacht als von einer rechtlichen Eigenschaft sprechen, wenn es im rein sprachlichen Interesse geboten scheint. Dies tut auch Rosenberg, der selbst zugibt (S. 125), daß die kurze Bezeichnung, die in dem Namen einer rechtlichen Eigenschaft gegeben ist, eine große terminologische Bedeutung hat.

ganz entzogenen Tatbeständen[1]), so bietet diese Maßgeblichkeit des Willens des Vertretenen genügende Garantie für die Wahrung seines Interesses, und es besteht daher kein Bedürfnis und für die Rechtsordnung somit auch keine Veranlassung, dieses Interesse noch besonders durch eingehendere gesetzliche Vorschriften zu schützen.

Anders in den Fällen der sog. gesetzlichen Vertretungsmacht, in denen nicht nur bei der Entstehung, sondern auch späterhin dem Vertretenen in keiner Weise eine unmittelbare Beeinflussungsmöglichkeit eingeräumt ist, weder in Bezug auf die Art des stellvertretenden Handelns noch auch in Bezug auf die Beendigung der Vertretung[2]). Bei einer so völligen Ausschaltung des Willens des Vertretenen ist die Sicherung des Interesses des Vertretenen, wenn anders die Rechtsordnung dieses Interesse überhaupt als maßgeblich ansieht und schützen will, nur im Wege besonderer gesetzlicher Vorschriften möglich.

Das Vorhandensein solcher Vorschriften beweist, daß das Interesse des Vertretenen der Rechtsordnung eben nicht gleichgültig ist. Daß der Rechtsordnung dieses Interesse sogar im höchsten Grade beachtenswert erscheint, mehr noch, daß dies Interesse der eigentliche Grund ist, dem das Institut der Stellvertretung seine Entstehung verdankt, daß dies Interesse bei Anordnung einer gesetzlichen Vertretung in erster Reihe in Frage kommt, soll in folgendem nachgewiesen werden.

Gelingt aber dieser Nachweis, so ergibt sich daraus, daß das subjektive Moment des ausschließlichen Interesses des Vertretenen für den Begriff der Vertretungsmacht durchaus nicht gleichgültig ist, daß dies Interesse vielmehr der Prüfstein in allen zweifelhaften Fällen, in denen das Gesetz den Handlungen einer Person unmittelbare Wirkungen für die Rechtssphäre eines Andern verleiht, dafür ist, ob wir in dem fraglichen Tatbestande eine Vertretungsmacht zu erblicken haben oder nicht.

---

[1]) Solche Tatbestände sind: der Besitz der Quittung für den Überbringer im Fall des § 370 BGB, der Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung für den Gerichtsvollzieher im Fall des § 755 ZPO, der Besitz des Wechsels im Fall des art. 29² WO. Vgl. Rosenberg S. 541, 542.

[2]) Vgl. Rosenberg S. 547.

§ 10.

b. Obwohl in den Fällen der gewillkürten Vertretungsmacht infolge der Maßgeblichkeit des Willens des Vertretenen und der dadurch gewährleisteten Sicherung seines Interesses kaum ein Bedürfnis besteht, dieses Interesse noch durch besondere gesetzliche Vorschriften zu schützen[1]) hat doch die Rechtsordnung Veranlassung genommen, dies durch Einführung des in gleicher Weise die gewillkürte wie die gesetzliche Vertretungsmacht einschränkenden[2]) § 181 BGB zu tun. Diese Vorschrift verbietet grundsätzlich das sog. Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst; sei es, daß er für den Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit sich im eigenen Namen oder aber mit sich als Vertreter eines Dritten vornimmt. Der Grund dieser Vorschrift ist einzig und allein in der bei solchem Kontrahieren mit sich selbst möglichen Interessenkollision zu erblicken[3]), lediglich in der auf die Erfahrung gestützten Befürchtung, der Vertreter werde im ersten Falle durch sein eigenes Interesse, im andern Falle durch das Interesse des Zweitvertretenen bei etwaiger Interessenkollision verhindert werden, das Interesse des Vertretenen d. h. des Erstvertretenen genügend wahrzunehmen[4]).

---

[1]) Wie eben S. 27 f. ausgeführt.

[2]) Die eine Befugnis einschränkenden Bestimmungen sind in gleicher Weise wie die eine Befugnis anordnenden Bestimmungen für die Feststellung des Umfangs der Befugnis und die Erforschung der ihr zugrunde liegenden Gedanken erheblich. Vgl. hierzu auch Oetker, Grundbegr. I § 14 Eingangsworte

[3]) Vgl. Fischer-Henle § 181 n. 6.

[4]) Hieran ändert nichts, daß § 181 durch die Worte „soweit nicht ein Anderes ihm gestattet ist" Ausnahmen von dem Grundsatz der Unzulässigkeit des Kontrahierens mit sich selbst anerkennt. Denn auch diese Befugnis — dem Grundsatz entgegen —, mit sich sebst wirksam kontrahieren zu dürfen, ist ein Moment des die Vertretungswirkung herbeiführenden Tatbestandes d. h. oben der sog. „Vertretungsmacht" und beruht, wie diese selbst, entweder auf dem Willen des Vertretenen oder auf Gesetz. Im ersteren Falle ist wie stets so auch hier infolge der Maßgeblichkeit des Willens des Vertretenen die Rechtsordnung der Fürsorge für das Interesse des Vertretenen überhoben. Im andern Falle, in dem das Gesetz jene Ausnahme gestattet, ist die Gefährdung des Interesses des Vertretenen den Umständen nach ausgeschlossen. So z. B. im Falle des § 1009 Abs. 2 BGB.

Vgl. die Worte der Motive I, 224 Zeile 5 von unten bis S. 225 Zeile 4 von oben.

Deutlicher als bei der sog. gewillkürten tritt bei der sog. gesetzlichen Vertretungsmacht das ausschließliche Interesse des Vertretenen in den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen als der die gesamten unter dem Sammelnamen „Vertretungsmacht“ zusammengefaßten Tatbestände[1]) beherrschende Grundgedanke hervor.

Nach BGB § 105 Abs. 1 sind nichtig die Willenserklärungen der im § 104 BGB als geschäftsunfähig bezeichneten Personen: der Kinder unter 7 Jahren, der in einem dauernden die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit Befindlichen, der wegen Geisteskrankheit Entmündigten. Wirksame Rechtsgeschäfte können für diese Personen nur ihre gesetzlichen Vertreter vornehmen. Die Willenserklärung des gesetzlichen Vertreters ersetzt die des Geschäftsunfähigen. Der Grund dieser Bestimmungen liegt auf der Hand. Weil die in § 104 bezeichneten Personen erfahrungsgemäß zur Willensbildung entweder überhaupt unfähig oder aber infolge ihrer Unreife oder Krankheit nur beschränkt fähig sind, so würden sie vom Rechtsverkehr entweder ganz ausgeschlossen oder aber bei Erheblichkeit ihres unreifen oder krankhaften Willens den ärgsten Schädigungen ausgesetzt sein. Um also diesen Personen die Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen, ohne sie zugleich den mit dieser Teilnahme für sie verbundenen Schäden auszusetzen, erklärt die Rechtsordnung die Willenserklärungen dieser Personen für nichtig und ersetzt sie durch die eines gesetzlichen Vertreters. Lediglich das Interesse des Vertretenen ist also für die Anordnung der Vertretung durch Gesetz in diesen Fällen maßgebend.

Auch aus den Bestimmungen über die beschränkt Geschäfts-

---

[1]) Vgl. Rosenberg S. 558, 539 unten, 553 n. 1, 561. Daß der Ausdruck „Vertretungsmacht“ hier als Sammelname für die Gesamtheit der einem stellvertretenden Handeln Wirkung verleihenden Tatbestände verwandt wird, während er in der Definition des § 8 nur den dem stellv. Handeln im einzelnen Fall Wirkung verleihenden Tatbestand bezeichnet, ist unbedenklich. Denn wenn der Gesamtheit der Einzeltatbestände das ausschließliche Interesse des Vertretenen zugrunde liegt, so liegt es auch dem Einzeltatbestande zugrunde. Im übrigen werden im folgenden ja gerade die Einzeltatbestände untersucht werden. Auch wird die Darstellung stets erkennen lassen, in welchem Sinne der Ausdruck „Vertretungsmacht“ gebraucht wird, sodaß Unklarheiten nicht zu befürchten sind.

fähigen ergibt sich deutlich, daß für Anordnung der Vertretung dieser Personen ihr ausschließliches Interesse maßgebend war.

Als beschränkt geschäftsfähig bezeichnet das BGB §§ 106, 114: Personen vom vollendeten 7. bis zum vollendeten 21. Lebensjahr, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten, die nach § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft Gestellten. Weil diese Personen erfahrungsgemäß infolge größerer Reife, aber geringerer intellektueller oder moralischer Mängel im Gegensatz zu den in § 104 genannten zur Bildung eines ihren Interessen entsprechenden Willens fähiger sind, so wird auch ihr Wille von der Rechtsordnung nicht völlig ignoriert, sondern mit gewisser Rechtserheblichkeit ausgestattet[1]). Zwar kann auch in diesen Fällen die Willenserklärung des Vertretenen durch eine des Vertreters regelmäßig völlig ersetzt werden, jedoch ist der Wille des Vertretenen insofern schon erheblich, als die von ihm abgegebene Willenserkärung nur der Einwilligung bezw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bedarf, um voll wirksam zu sein bezw. zu werden.

Ja sogar völlige Selbständigkeit ist dem Willen des Vertretenen eingeräumt, sofern er eine Willenserklärung abgibt, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107). Diese Bestimmung ist besonders bezeichnend. Schon die Gegenüberstellung der Bestimmungen über die Geschäftsunfähigen und der über die beschränkt Geschäftsfähigen lehrte, daß die Fähigkeit des Vertretenen, seine Interessen selbst wahrzunehmen, und die Selbständigkeit seines Willens gegenüber dem des Vertreters in demselben Verhältnis stehen. Je größer die Fähigkeit des Vertreters, einen seinem Interesse dienlichen Willen zu bilden, desto größer auch die Berücksichtigung seines Willens durch die Rechtsordnung gegenüber dem Willen des Vertreters oder, was dasselbe bedeutet, desto größer die Einschränkung der Vertretungsmacht. Diese Wahrnehmung gestattete bereits den Schluß, daß Vertretung von der Rechtsordnung nur angeordnet werde, wenn und soweit es das Interesse des Vertretenen erfordert[2]). In § 107 BGB jedoch

[1]) Vgl. die Worte der Motive I § 65 S. 131 und § 70 S. 149 Abs. 1.

[2]) Vgl. hierzu Mot. I § 70 Abs. 1 S. 149.

ist diese Schlußfolgerung geradezu ausgesprochen. Der Minderjährige (gem. § 114 BGB jeder beschränkt Geschäftsfähige) bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Oder mit andern Worten: der beschränkt Geschäftsfähige bedarf zu Rechtsgeschäften, bei denen ihrer Natur nach ein rechtlicher Nachteil für ihn ausgeschlossen ist, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht, vielmehr kann er solche Rechtsgeschäfte selbständig vollwirksam vornehmen. Vertretung ist hier nicht erforderlich[1]. — Das alte Bild: Wo es das Interesse des Vertretenen nicht erfordert, verlangt auch die Rechtsordnung nicht Vertretung[2].

Am deutlichsten kommt dieser Grundsatz bei den gem. § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellten zur Geltung. § 1906 BGB bestimmt nämlich: „Ein Volljähriger, dessen Entmündigung beantragt ist, kann unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden, wenn das Vormundschaftsgericht es zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens des Volljährigen für erforderlich erachtet". Also auch hier soll der zu Entmündigende einen gesetzlichen Vertreter erst dann erhalten, wenn sein — des Vertretenen — Interesse dies dringend erfordert[3].

§ 11.

c. Nach dieser mehr allgemeinen Erörterung über das ausschließliche Interesse des Vertretenen als Begriffsmerkmal[4] der

---

1) Vgl. die Worte der Motive I, 133 Abs. 2: „Sie — d. h. die Minderjährigen können durch dieselben nur gewinnen; eine Vorsorge ist nicht erforderlich."

2) Vgl. Mot. I § 70 S. 149 Abs. 1. — wenngleich die Rechtsordnung auch in diesen Fällen Vertretung nicht etwa stets verbietet. So kann auch ein Geschäft, durch das der beschränkte Geschäftsfähige lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, gleichwohl für ihn von seinem gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden.

3) Vgl. auch § 1908 Abs. 3 BGB: „Die vorläufige Vormundschaft ist von dem Vormundschaftsgericht aufzuheben, wenn der Mündel des vorläufigen vormundschaftlichen **Schutzes** nicht mehr bedürftig ist."

4) Wenn das Interesse des Vertretenen als Begriffsmerkmal der Vertretungsmacht bezeichnet wird, so darf das nicht dahin verstanden werden, als ob jedes dem Interesse des Vertretenen zuwiderlaufende Handeln des

„Vertretungsmacht“ soll nunmehr im einzelnen an der Hand unstreitiger[1]) Fälle gesetzlicher Vertretungsmacht, der des Vaters, der Mutter, des Vormunds, des Pflegers nachgewiesen werden, daß allen diesen unter dem Namen „Vertretungsmacht“ zusammengefaßten Tatbeständen als leitender Gedanke das ausschließliche Interesse des Vertretenen: des Kindes, des Mündels, des Pflegebefohlenen zugrunde liegt.

α Die gesetzliche Vertretungsmacht des Vaters d. h. die Befugnis des Vaters, das Kind zu vertreten, ist ein Ausfluß seiner elterlichen Gewalt (vgl. §§ 1627, 1630, 1634, 1635 BGB). Wie letztere selbst den Charakter einer dem natürlichen Schutzbedürfnisse des Kindes entsprungenen, seiner Fürsorge dienenden Schutzgewalt[2]) trägt und eine diesem Charakter entsprechende

---

Vertreters die Rechtswirkung ausschlösse (wie es in Einzelfällen noch im gemeinen Recht des Fall war, vgl. oben S. 22 f., 23 n. 1). Das Handeln eines ungetreuen Vormundes hat, solange der Tatbestand seiner Bestellung besteht, sehr wohl Rechtswirkung für den Mündel. Seine Untreue bildet erst den Grund, ihm die Vertretungsmacht zu entziehen, hebt aber noch nicht selbständig die Vertretungsmacht auf. Die Bezeichnung des ausschließlichen Interesses des Vertretenen als Begriffsmerkmal der Vertretungsmacht bedeutet demnach, daß ohne Rücksicht auf den einzelnen Fall bei Setzung der gesamten unter dem Namen „Vertretungsmacht“ zusammengefaßten Tatbestände oder anders ausgedrückt, daß ganz im allgemeinen bei Verleihung der Vertretungsmacht an den Vertreter die Rechtsordnung das Interesse des Vertretenen als Ausgangspunkt genommen und die Rechtswirkung des stellvertretenden Handelns von Tatbeständen abhängig gemacht d. h. die Vertretungsmacht durch Vorschriften geregelt hat, die normaler Weise ein den Interessen des Vertretenen dienliches Verhalten des Vertreters verbürgen oder die nachteiligen Folgen eines entgegengesetzten Verhaltens verhüten.

[1]) weil im Gesetz bestimmt ausgesprochen: vom Vater §§ 1630 verb. m. 1627, 1634, 1635; von der Mutter §§ 1684, 1686; vom Vormund: § 1793; vom Pfleger: § 1915 verb. m. 1793.

[2]) Mot. IV, 721, 724, 726 Ziff. 2: „Prinzip des Entwurfs, daß die elterliche Gewalt, analog der Schutzherrschaft des Vormunds, eine Schutzgewalt ist —“ Vgl. auch Mot. IV, 802. — Daß die elterliche Gewalt eine im ausschließlichen Interesse des Kindes angeordnete Schutzgewalt ist ergibt sich auch aus den §§ 1627, 1631 (vgl. hierzu Fischer-Henle § 1631 n. 2 Erziehungsgewalt: Recht und Pflicht, in einer den Interessen, den Fähigkeiten sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes angemessenen Weise für seine körperliche, geistige und sittliche Ausbildung zu sorgen) 1635, 1640—1644, 1646, 1647, 1665—1671, 1680—1683, 1686, 1687 Ziff. 3, 1688—1696.

Gestaltung von einer einheitlichen Grundlage, dem natürlichen Schutzbedürfnisse des Kindes, aus durch das BGB erfahren hat, so ist auch die auf der elterlichen Gewalt beruhende Vertretungsmacht des Vaters d. h. seine Befugnis zur Vertretung des Kindes als ein ausschließlich dem Interesse des Kindes dienendes Schutzinstitut aufzufassen [1]).

aa Daß die Vertretungsmacht dem Vater ausschließlich im Interesse des vertretenen Kindes erteilt ist, beweist vor allem die Untersuchung der gesetzlichen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Vertretungsmacht dem Vater wieder entzogen werden kann.

Diese Voraussetzungen sind normiert in den §§ 1666; 1670 verb. m. 1667, 1668, 1640, 1669; 1630 Abs. 2 verb. m. 1796 BGB [2]).

§ 1666 Abs. 1 BGB bestimmt ganz klar, daß bei einer Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes seitens des Vaters durch Mißbrauch des Rechts der Sorge für die Person usw. das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen habe, also auch dem Vater in solchen Fällen die Sorge für die Person mit Einschluß der Vertretung in persönlichen Angelegenheiten ganz oder teilweise entziehen könne [3]).

Absatz 2 ermöglicht die Entziehung der Vermögensverwaltung und der damit verbundenen Vertretungsmacht in Vermögensangelegenheiten bei Verletzung des Unterhaltsrechts des Kindes, wenn für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist.

---

[1]) Vgl. Mot. IV, 721, 724.

[2]) Nicht nur die Bestimmungen, die ausdrücklich die Vertretung einschränken und entziehen (so die §§ 1630 Abs. 2 verb. m. §§ 1795, 1796; 1641), gehören hierher, sondern auch diejenigen, die die Vermögensverwaltung oder die Sorge für die Person einschränken oder entziehen (so die §§ 1628, 1638, 1666, 1670). Denn die Vermögensverwaltung und die Sorge für die Person umschließen als Teile der elterlichen Gewalt auch die Vertretungsmacht in den betreffenden Angelegenheiten. Die Beschränkung oder Entziehung der Vermögensverwaltung oder der Sorge für die Person trifft also gleichzeitig auch die Vertretungsmacht in den entsprechenden Angelegenheiten.

[3]) Fischer-Henle § 1666 n. 7.

Grund der Entziehung ist in beiden Fällen die Verhütung einer Schädigung des Kindes, also das Interesse des Vertretenen [1]).

Ferner gestattet § 1670 die Entziehung der Vertretungsmacht des Vaters in Vermögensangelegenheiten, wenn der Vater den nach den §§ 1667, 1668 getroffenen Anordnungen nicht nachkommt oder die ihm nach den §§ 1640, 1669 obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt. Ein Blick auf die angezogenen Paragraphen genügt, um darzutun, daß sie lediglich Sicherung des Vermögens des Kindes betreffen, also Wahrnehmung des Vertretenen-Interesses zum Gegenstand haben. Sie betreffen die Verpflichtung des Vaters zur Rechnungslegung, zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses, zur Hinterlegung von Wertpapieren, zur Umwandlung von Inhaberpapieren in Buchforderungen, zur Eintragung von Sperrvermerken, zur Sicherheitsleistung, zur Auseinandersetzung bei Wiederverheiratung u. a. m. — Gefährdet der Vater das Interesse des vertretenen Kindes durch Nichtbeachtung dieser zur Sicherung des letzteren getroffenen Vorschriften, so kann dem Vater die Vertretungsmacht entzogen werden. Grund der Entziehung ist auch hier wieder das Interesse des Vertretenen [2]).

Ganz deutlich ist dieser Grundsatz in § 1630 Abs. 2 verb. m. § 1796 ausgesprochen. Hiernach kann dem Vater die Vertretungsmacht für einzelne oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entzogen werden, wenn das Interesse des Kindes zu seinem eigenen Interesse oder dem eines von ihm vertretenen Dritten oder einer mit ihm in bestimmter Weise verwandtschaftlich verbundenen Person in erheblichem Gegensatz steht. Der Grund der Entziehung ist die infolge Interessenkollision mögliche Schädigung des Kindesinteresses [3]).

Grund, dem Vater die ihm zustehende Vertretungsmacht zu entziehen, ist, wie soeben an der Hand der einzelnen Fälle dargelegt wurde, nicht erst die Verletzung, sondern immer schon die bloße Möglichkeit der Verletzung d. h. die Gefährdung des Kindesinteresses. Eine Befugnis aber, mit Wirkung für fremde Rechtssphären zu handeln, die dem Befugnisinhaber stets dann entzogen werden kann, sobald sie die Interessen des von der Wirkung

[1]) Vgl. auch die hier sehr deutlichen Motive IV, S. 802—805.

[2]) Vgl. Mot. IV, 807, 808.

[3]) Vgl. oben § 10 S. 29 das zu § 181 Gesagte.

3*

Betroffenen gefährdet, und deren Ausübung nur dann als nicht gefährdend erachtet wird, wenn positive zu Gunsten des Betroffenen geschaffene und sein Interesse sichernde Bestimmungen vom Befugnisinhaber beobachtet werden, darf mit gutem Recht auch als zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des Betroffenen erteilt angesprochen werden.

Wie die Gründe, derentwegen die Vertretungsmacht entzogen wird, einen Rückschluß auf die Grundsätze der Erteilung gestatten, so kann man aus den Bestimmungen, welche die Vertretungsmacht während ihres Bestehens einschränken, einen Rückschluß auf die Gesichtspunkte ziehen, welche diesen Tatbeständen während ihres Bestehens zugrundeliegen[1]).

Die Einschränkung der grundsätzlich unbeschränkten[2]) Vertretungsmacht des Vaters kann erfolgen durch Ausschluß einer Vertretungswirkung[3]), so in den Fällen der §§ 1628, 1630 Abs. 2 verb. m. 1795, 1638, 1641 BGB und durch Abhängigmachen der Vertretungswirkung von der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, so in den Fällen des § 1643 verb. m. §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1—3, Abs. 2 und 1822 Nr. 1, 3, 5, 8—11 BGB.

ββ § 1630 Abs. 2 Satz 1 bestimmt: Die Vertretung steht dem Vater insoweit nicht zu, als nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist[4]).

Der Grund für diese Einschränkung der väterlichen (vormundschaftlichen) Vertretungsmacht ist, wie die in § 1795 aufgeführten Fälle ergeben, einzig und allein die Verhütung einer infolge

---

1) Vgl. auch Oetker, Grundbegr. I § 14 Eingangsworte.

2) Vgl. Mot. IV § 1503 Ziff. 1 S. 740.

3) wie im Falle des § 181 BGB.

4) § 1628 bleibt hier zunächst außer Betracht, da er in seiner allgemeinen Fassung für unsere Frage nichts besagt, sondern nur zu der Untersuchung nötigt, für welche Angelegenheiten im einzelnen ein Pfleger zu bestellen ist. Erst die Betrachtung der Einzelfälle wird lehren, ob die Allgemeinbeschränkung des § 1628 im ausschließlichen Interesse des Vertretenen erfolgt ist oder nicht. Diese Einzelfälle sind aber, wie sich aus § 1909 Abs. 1 ergibt, gerade die Fälle des § 1630 Abs. 2 verb. m. 1795, 1796. § 1628 führt also lediglich auf jene Einzelfälle zurück.

§ 1630 Abs. 2 Satz 2 ist bereits mit den anderen Fällen der Entziehung besprochen (vgl. oben S. 35).

Interessenkollision zu befürchtenden Schädigung der Interessen des vertretenen Kindes[1]).

Dies ergibt sich zunächst aus der im Absatz 2 des § 1795 enthaltenen Versagung der Rechtswirkung bei Rechtsgeschäften, die der Vater im Namen des Kindes mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten vornimmt. Daß diese Bestimmung nur im Interesse des Kindes getroffen ist zur Verhütung einer Gefährdung seines Interesses durch das Eigen-Interesse des Vaters oder das Interesse des von ihm ebenfalls vertretenen Dritten, beweist die ausdrückliche Bezugnahme auf § 181, einen Paragraphen, der, wie wir schon oben sahen, lediglich infolge möglicher Interessenkollision gegeben ist[2]).

Wenn ferner der § 1795 Ziff. 1 Rechtsgeschäften, die der Vater (Vormund) im Namen des vertretenen Kindes (Mündels) mit seinem Ehegatten oder mit einem seiner Verwandten in gerader Linie vorgenommen hat, die Rechtswirkung versagt, so ist diese Bestimmung auch nur wieder aus dem Interesse des Vertretenen heraus zu verstehen. Man fürchtet, daß der Vater (Vormund), der durch den seinen Ehegatten oder Verwandten treffenden Vorteil oder Nachteil möglicherweise selbst berührt wird, durch das eigene Interesse, das er an diesem Rechtsgeschäft hat, sich in der ausschließlichen Wahrnehmung des Interesses des vertretenen Kindes (Mündels) beirren lassen könnte[3]). Eine Ausnahme wird zwar bezüglich solcher Rechtsgeschäfte gemacht, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen; diese Ausnahme ist aber nur deshalb zugelassen, weil sie vom Standpunkt des Interesses des Vertretenen aus unbedenklich erscheint[4]).

Lediglich den Schutz des vertretenen Kindes (Mündels) bezweckt auch die Vorschrift des Absatzes 1 Nr. 2 des angezogenen Paragraphen, welche die Vertretung des Vaters (Vormunds) ausschließt bei Rechtsgeschäften, welche die Uebertragung oder Belastung einer durch

---

1) Vergl. Mot. IV § 1651 S. 1088—1091.

2) Vgl. oben § 10 S. 29. Fischer-Henle § 181 n. 6, auch Mot. I, 224 f., obwohl der Entwurf I noch nicht das Kontrahieren mit sich selbst grundsätzlich verbot.

3) Vgl. Mot. IV § 1651 S. 1089.

4) Vgl. Mot. IV, 1090.

Pfand, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Kindes (Mündels) gegen den Vater (Vormund) oder die Aufhebung oder die Minderung dieser Sicherheit oder eine dementsprechende Verpflichtung des Kindes (Mündels) zum Gegenstande haben. — Auch hier wird dem stellvertretenden Handeln des Vaters (Vormunds) lediglich wegen des kollidierenden Interesses des Vaters (Vormunds) und des Kindes (Mündels) die Rechtswirkung versagt und so zum Schutze des letzteren Vorsorge getroffen, daß nicht durch Verfügungen des Vaters (Vormunds) dem Kinde (Mündel) die Sicherheit entzogen werden kann[1]).

Es ist nur folgerichtig, wenn die Rechtsordnung in den Fällen, in denen sie wegen möglicher Gefährdung des Vertretenen-Interesses durch Interessenkollision den vom Vater (Vormund) im Namen des Kindes (Mündels) vorgenommenen Rechtsgeschäften die Rechtswirkung versagt, auch den vom Vater (Vormund) im Namen des Kindes (Mündels) vorgenommenen Prozeßhandlungen die Vertretungswirkung abspricht[2]). Die dahingehende Vorschrift des Absatzes 1 Nr. 3 des § 1795 bedarf daher nicht besonderer Besprechung.

Daß das Recht und die Pflicht des Vaters, für das Vermögen des Kindes zu sorgen (die Vermögensverwaltung)[3]) und die auf dieser Vermögensverwaltung beruhende Vertretungsbefugnis und -pflicht (Vertretungsmacht) zur Vertretung des Kindes in vermögensrechtlichen Angelegenheiten lediglich im Interesse des Kindes dem Vater beigelegt ist[4]), ergibt sich ebenfalls mit größter Deutlichkeit aus den die Vertretungsmacht des Vaters in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ausschließenden Bestimmungen.

Dies zeigt schon § 1641, welcher den vom Vater in Vertretung des Kindes gemachten Schenkungen grundsätzlich die Rechtswirkung versagt[5]). Weil Schenkungen regelmäßig außerhalb des Kreises

---

[1]) Vgl. Mot. IV § 1651 S. 1091 Nr. 3 die hier besonders deutlich die jener Vorschrift zugrunde liegende Tendenz des Schutzes des Vertretenen-Interesses zum Ausdruck bringen.

[2]) während grundsätzlich Vater und Vormund in ihrer Vertretungsmacht hinsichtlich der Prozeßführung unbeschränkt sind. Vgl. Mot. IV S. 1196.

[3]) § 1638 BGB.

[4]) Mot. IV S. 759 Abschn. 2.

[5]) Vgl. Fischer-Henle § 1641 n. 1. Auch Mot. IV, 741 f. verb. m. 1107: „Wie aus der Fassung des § 1661 deutlich erhellt, ist eine gegen das Verbot vorgenommene Schenkung nichtig.“ RG III, 83.

einer ordentlichen Vermögensverwaltung liegen und infolgedessen das berechtigte Interesse des Kindes entschieden einer solchen Befugnis des Vaters widerspricht[1]), wird stellvertretenden Handlungen des Vaters, soweit sie Schenkungen darstellen, die Rechtswirkung grundsätzlich versagt — oder mit andern Worten — wird ihm die Befugnis, Schenkungen in Vertretung des Kindes zu machen, grundsätzlich[2]) entzogen.

§ 1638 schließt den Vater von der Verwaltung und somit auch von der Vertretungsmacht hinsichtlich des Vermögens aus, welches das Kind von Todeswegen erwirbt oder welches ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser bezw. der Dritte bestimmt haben, daß der Erwerb der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll. Diese Bestimmung gewährt mittelbar Dritten die Möglichkeit, das von ihnen dem Kinde Hinterlassene oder unter Lebenden Zugewendete ohne und selbst gegen den Willen des Vaters dessen Verwaltung zu entziehen und ihm insoweit auch die Vertretungsmacht zu nehmen.

Die Gewährung dieser Möglichkeit rechtfertigt sich lediglich vom Standpunkte des Interesses des Kindes, also des Vertretenen aus. Sehr häufig liegen die Verhältnisse so, daß Dritte, die dem Kinde etwas hinterlassen oder u. L. zuwenden wollen, aus Mißtrauen gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt — sei es mit Rücksicht auf seine bisherige Verwaltung oder auf das zwischen ihm und dem Kinde bestehende persönliche Verhältnis — es für dringend wünschenswert halten, den Inhaber der elterlichen Gewalt im Interesse des Kindes von vornherein von jeder Einwirkung auf das hinterlassene oder zugewendete Vermögen und somit auch von der Verwaltung und von der Vertetung hinsichtlich dieses Vermögens auszuschließen. Das Interesse des Kindes veranlaßt den Dritten zu einer solchen Bestimmung; die Rücksicht auf das Interesse des Kindes fordert es auch, dieser Bestimmung gesetzliche Geltung zu

---

1) Vgl. Mot. IV, 741 f. 1106 f. 356 f.

2) Die Ausnahme hinsichtlich der Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, widerspricht nicht, da solche Schenkungen nicht außerhalb des Zweckes einer ordentlichen Vermögensverwaltung und auch im eigenen Interesse des Kindes liegen. Vgl. Mot. IV, 741 f. verb. m. 1106 f. 356 f.

verschaffen. Denn der Mangel gesetzlicher Anerkennung könnte einerseits den zur Zuwendung an sich bereiten Dritten möglicherweise veranlassen, diese Zuwendung zu unterlassen, könnte andrerseits die Folge haben, daß die trotz berechtigten Mißtrauens gegen den Vater erfolgte Zuwendung dem bedachten Kinde, also dem Vertretenen, überhaupt keinen oder doch nicht den Vorteil bringt, den sie bei gesetzlicher Anerkennung der getroffenen Sicherungsbestimmung gebracht hätte[1]).

$\gamma\gamma$ Auch aus den Bestimmungen, die die Vertretungsmacht des Inhabers der elterlichen Gewalt durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beschränken, oder anders ausgedrückt, die die Vertretungswirkung von einem weiteren Tatbestandsmerkmal, von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig machen[2]), ergibt sich die ausschließliche Maßgeblichkeit des Interesses des Vertretenen.

Als solche Vorschriften kommen neben andern[3]) hauptsächlich die des § 1643 verb. m. §§ 1821, 1822 BGB in Betracht.

Die Vorschrift des § 1643 verb. m. 1821 Ziff. 1—3, nach der der Vater 1. zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstücke, 2. zur Verfügung über eine Forderung, die auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück oder auf Begründung oder Uebertragung eines Rechts an einem Grundstück oder auf Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Recht gerichtet ist, 3. zur Eingehung der Verpflichtung zu einer dieser Verfügungen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, beruht auf dem Gesichtspunkt, daß der Grundbesitz und die dem Grundbesitz wirtschaftlich gleichstehenden Ansprüche[4]) unter Nr. 2 des § 1821 als eine, namentlich in sozialer Hinsicht,

---

[1]) Vgl. Mot. IV, 760, 168 f.

[2]) Vgl. Fischer-Henle § 1630 n. 3, § 1821 n. 1. Mot. IV, 764, 1136.

[3]) Es würde über den Rahmen der Arbeit weit hinausgehen, sämtliche die Vertretungsmacht des Vaters durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beschränkenden Vorschriften des BGB durchzugehen. Es muß bei der Fülle dieser Vorschriften genügen, diejenigen hervorzuheben, die die Maßgeblichkeit des Vertretenen-Interesses am meisten kennzeichnen. Weitere Fälle s. Fischer-Henle § 1630 n. 3.

[4]) Mot. IV, 1139 f.

besonders wertvolle Art des Vermögens dem Mündel regelmäßig erhalten werden sollen und deshalb nur unter erschwerenden Voraussetzungen sollen veräußert werden können[1]).

Wenn ferner § 1643 verb. m. 1822 Ziff. 1 die Vertretungsmacht des Vaters durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beschränkt bei Rechtsgeschäften, durch die der Mündel zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen oder über eine ihm angefallene Erbschaft usw. verpflichtet wird, so rechtfertigt sich dies durch die besondere Wichtigkeit und den aleatorischen Charakter dieser Geschäfte. Bei Geschäften wie den genannten sowie bei Geschäften, die zu einer Verfügung über den künftigen gesetzlichen Erbteil, den künftigen Pflichtteil des Kindes verpflichten, lassen sich zur Zeit der Vornahme des Geschäfts vielfach garnicht die Folgen übersehen, die diese Geschäfte für das Vermögen des Kindes haben werden. Auch bedarf es zu einem dem Interesse des Kindes dienlichen Abschluß dieser Geschäfte vielfach einer besonderen Sachkunde, die beim Vater nicht schlechtweg als vorhanden vorausgesetzt werden darf, da solche Geschäfte über die Grenzen einer gewöhnlichen Verwaltung hinausgehen und nur in außerordentlichen Fällen als angemessen zu erachten sind[2]).

Wenn ferner das Gesetz unter Ziff. 3 des § 1822 einen auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Vertrag sowie den zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangenen Gesellschaftsvertrag den gleichen Beschränkungen unterwirft, so rechtfertigt sich dies ebenfalls dadurch, daß solche Verträge für die Gesamtwirtschaft des Kindes von zu einschneidender Bedeutung sind, daß ihr Abschluß in der Regel ein zu schwieriges und kompliziertes Geschäft ist, um ohne Gefahr für die Interessen des Kindes lediglich vom Vater ohne Genehmigung des Gerichts abgeschlossen werden zu können[3]).

Das Gleiche gilt von Miet-, Pacht- oder anderen das Kind zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtenden Verträgen, die auf längere Zeit als bis zur Vollendung des 22. Lebensjahres des Kindes

---

1) Vgl. Mot. IV, 764, 768 verb. m. 1136.

2) Vgl. Mot. IV, 1140.

3) Vgl. Mot. IV, 1145 verb. m. 1142.

abgeschlossen worden sind[1]). Der Vater soll eben nicht die Macht haben, das von ihm vertretene Kind durch derartige Verträge unbeschränkt auch über das Volljährigkeitsalter hinaus zu binden, weil eine derartige Verpflichtung das volljährig gewordene Kind in der Freiheit seiner wirtschaftlichen Bewegung beeinträchtigen und so seinen Interessen zuwiderlaufen könnte[2]).

Die Rechtsordnung versagt ferner ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Vollwirksamkeit:

1. der Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes[3]), weil derartige Geschäfte außerhalb einer regelmäßigen Vermögensverwaltung liegen und überdies große Gefahren für das Kind mit sich bringen[4]),

2. der Ausstellung von Inhaber- und Orderpapieren, insbesondere von Wechseln[5]) wegen der Wichtigkeit dieser Verbindlichkeiten und wegen ihrer Gefährlichkeit, die in der Beschränkung der dem Verpflichteten zu Gebote stehenden Einreden liegt[6]),

3. der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, insbesondere der Eingehung einer Bürgschaft sowie der Erteilung einer Prokura[7]) wegen der Gefährlichkeit dieser Geschäfte und besonders wegen der an die Erteilung der Prokura sich knüpfenden wichtigen Folgen. Denn die Prokura ermächtigt zur Eingehung der unter Ziff. 8–10 des § 1822 bezeichneten Rechtsgeschäfte, ohne daß der Umfang der mit der Prokura kraft Gesetzes verbundenen Vertretungsmacht Dritten gegenüber beschränkt werden könnte[8]) [9]).

---

1) § 1822 Ziff. 5.

2) Vgl. Mot. IV, 1141.

3) § 1822 Ziff. 8.

4) Vgl. Mot. IV, 1144.

5) § 1822 Ziff. 9.

6) Vgl. Mot. IV, 1143.

7) § 1822 Ziff. 10, 11.

8) Vgl. Mot. IV, 1144, 1148.

9) Die Gründe, aus denen die Rechtsordnung die Rechtswirkung eines stellvertretenden Handelns des Vaters bei Ausschlag einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sowie bei Verzicht auf einen Pflichtteil von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig macht § 1643 Abs. 2, sind die gleichen, die zur Beschränkung der Vertretungsmacht des Vaters in den Fällen des § 1822 Ziff. 1 geführt haben (vgl. oben S. 41). § 1643 Abs. 2 bedarf also keiner besonderen Besprechung.

β Die grundsätzliche Gleichstellung der elterlichen Gewalt der Mutter mit der des Vaters durch § 1686 BGB[1]) ergibt, daß wie die auf der elterlichen Gewalt beruhende gesetzliche Vertretungsmacht des Vaters, so auch die auf der elterlichen Gewalt der Mutter beruhende Vertretungsmacht der Mutter lediglich als ein zur Wahrung der Interessen des vertretenen Kindes angeordnetes Schutzinstitut aufzufassen ist, daß also auch hier die Vertretung ausschließlich im Interesse des Vertretenen vom Gesetz angeordnet wird.

Die die grundsätzliche Gleichstellung von Vater und Mutter hinsichtlich elterlicher Gewalt und Vertretungsmacht durch Zuordnung eines Beistandes durchbrechenden und die gesetzliche Vertretungsmacht der Mutter noch besonders einschränkenden §§ 1687 bis 1697 BGB bestätigen nur obige Auffassung der Vertretungsmacht der Mutter als eines im ausschließlichen Interesse des Kindes angeordneten Schutzinstituts.

Die Erfahrung lehrt, daß vielen Frauen, besonders in höheren Ständen die zur Uebernahme der oft schwierigen Geschäfte der Vermögensverwaltung nötige Einsicht und Erfahrung fehlt und die zur Erziehung der Kinder erforderliche männliche Kraft und Autorität mangelt, daß trotzdem aber nach der Persönlichkeit oder den sonstigen Verhältnissen dieser Frauen zu besorgen ist, sie werden entweder nicht imstande sein, sich selbständig den Beistand eines Vertrauensmannes zu verschaffen, oder aber, sie werden seinem Rate nicht denjenigen Einfluß einräumen, den das Gesetz, indem es ihnen die elterliche Gewalt unbeschränkt überläßt, voraussetzt. Um in solchen Einzelfällen Schädigungen der Kinder vorzubeugen, ohne doch den Grundsatz der Gleichstellung von Vater und Mutter völlig aufgeben zu müssen, hat die Rechtsordnung die Vertretungsmacht der Mutter in gegebenen Fällen durch die Beiordnung eines Beistandes eingeschränkt, der innerhalb des ihm zugewiesenen größeren oder geringeren Wirkungskreises im allgemeinen die Stellung des Gegenvormunds (arg. §§ 1690, 1694 BGB) einnimmt[2]).

---

1) Vgl. Fischer-Henle § 1686 n. 1, Mot. IV, 797 f. 735.

2) Vgl. Mot. IV, 736, 797 f.

Auch die Bestellungsgründe des § 1687 BGB d. h. die Gründe, bei deren Vorliegen die grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht der Mutter durch Bestellung eines Beistandes zu beschränken ist, weisen deutlich auf die Maßgeblichkeit des Interesses des Kindes hin. Wenn die Rechtsordnung durch die Vorschrift des § 1678 Ziff. 1 und 2 das Vormundschaftsgericht zwingt, auf die Anordnung des Vaters oder den Antrag der Mutter hin der Mutter einen Beistand zu bestellen, so geschieht das deshalb, weil der Vater regelmäßig am besten zu beurteilen imstande sein wird, ob ein Bedürfnis zur Bestellung eines Beistandes vorliegt, und weil ferner von einer Mutter, die sich ihrer Aufgabe allein nicht gewachsen fühlt oder aus andern Gründen eines Beistandes zu bedürfen glaubt, die selbständige Erledigung ihrer Aufgabe in einer den Interessen des Kindes förderlichen Weise regelmäßig nicht wird erwartet werden dürfen. Am deutlichsten erhellt die Maßgeblichkeit des Kindesinteresses aus der Vorschrift des § 1687 Ziff. 3; hier ist ausdrücklich ausgesprochen, daß das Vormundschaftsgericht der Mutter einen Beistand zu bestellen hat, wenn es aus besonderen Gründen die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig erachtet[1] [2]).

γ Ein weiterer Fall unbestrittener gesetzlicher Vertretungsmacht ist die auf § 1793 BGB beruhende Vertretungsmacht des Vormunds.

αα Elterliche Gewalt und Vormundschaft stimmen ihrem Wesen und ihrem Inhalte nach überein[3]). Die elterliche Gewalt ist gleichsam das natürliche Vorbild der Vormundschaft[4]). An die Stelle des verstorbenen Vaters oder der Mutter tritt der Vormund. Elterliche Gewalt sowohl wie Vormundschaft stellen sich somit als allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen des vertretenen Kindes bezw. Mündels dar[5]).

---

1) Vgl. auch Mot. IV, 799.

2) Auf die Beschränkung der Vertretungsmacht der Mutter durch den Beistand im einzelnen (§ 1690) einzugehen, würde zu weit führen und auch untunlich sein, da § 1690 auf Vorschriften verweist, die noch bei Besprechung der Vertretungsmacht des Vormunds Berücksichtigung finden werden.

3) Vgl. Mot. IV, 724, 740, 762 ff., 802, 807, 1025, 1040, 1082, 1096.

4) Vgl. Mot. IV, 1025.

5) Vgl. §§ 1627, 1793 BGB und Mot. IV, 1082.

Wie die auf der elterlichen Gewalt beruhende[1]) gesetzliche Vertretungsmacht des Vaters haben wir demnach auch die mit der Vormundschaft verbundene[2]) gesetzliche Vertretungsmacht des Vormunds als ein ausschließlich zur Wahrung der Interessen des Mündels von der Rechtsordnung geschaffenes Schutzinstitut zu betrachten, das hervorgegangen ist aus dem natürlichen Schutzbedürfnisse des Mündels[3]).

Sowohl die Vertretungsmacht des Vaters wie die des Vormunds ist grundsätzlich unbeschränkt.[4]). Beide werden aber im einzelnen eingeschränkt. Eine vergleichende Gegenüberstellung der die Vertretungsmacht des Vaters und die des Vormunds einschränkenden Vorschriften ergibt, daß der Vormund hinsichtlich der seine Vertretungsmacht ausschließenden[5]) Vorschriften zwar dem Vater gleichgestellt ist[6]), hinsichtlich der Vorschriften aber, die die Wirkung seines stellvertretenden Handelns von einer Genehmigung abhängig machen, erheblich stärker eingeschränkt wird als der Vater[7]).

Diese Erscheinung erklärt sich ausschließlich aus dem Interesse des Vertretenen heraus. Weil der Vater naturgemäß und regelmäßig mehr auf das Interesse seines Kindes bedacht sein wird als der dem Mündel oft fremd gegenüberstehende Vormund, weil die persönlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind, das zwischen ihnen bestehende natürliche und sittliche auf gegenseitiges Vertrauen und gegenseitige Liebe gegründete Verhältnis größere Garantieen für das Interesse des Kindes bieten, hat die Rechtsordnung auch den Inhaber der elterlichen Gewalt hinsichtlich seiner Vertretungs-

---

1) Vgl. §§ 1627, 1630 BGB.

2) Vgl. § 1793 BGB.

3) Dies sagen auch die Motive IV, 1026 f., 1033, 1035, 1042, 1046 f. 1057, 1082—1092 u. a. m.

4) Vgl. BGB §§ 1630, 1793. Mot. IV, 740, 1084 f., 1121.

5) Vgl. oben S. 36—40.

6) Vgl. § 1794 mit 1628; 1795 mit 1630 Abs. 2; 1804 mit 1641.

7) Die Vertretungsmacht des Vormunds wird im Gegensatz zu der des elterlichen Gewalthabers noch besonders beschränkt durch die Vorschriften der §§ 1821 Ziff. 4, 1822 Ziff. 2, 4, 6, 7, 12, 13, der §§ 1819, 1820 (Genehmigung des Vormundschaftsgerichts), der §§ 1792 mit 1812 (Genehmigung des Gegenvormunds).

macht freier gestellt als den Vormund. Oder umgekehrt: weil die zwischen Mündel und Vormund regelmäßig loseren persönlichen Beziehungen das Interesse des Mündels gefährdeter erscheinen lassen, wird die Vertretungsmacht des Vormunds stärker eingeschränkt[1]). Der Grund der Einschränkung ist also auch hier wieder Verhütung einer Schädigung oder bloßen Gefährdung des Mündel-Interesses, also das Interesse des Vertretenen.

$\gamma\gamma$ Die Betrachtung der die vormundschaftliche Vertretungsmacht noch besonders einschränkenden Bestimmungen an sich[2]) [3]) lehrt ebenfalls, daß allen diesen Vorschriften das ausschließliche Interesse des vertretenen Mündels als leitender Gedanke zugrunde liegt. Als solche Vorschriften kommen in Betracht die §§ 1792 verbunden mit 1812, 1819, 1820, 1821 Ziff. 4, 1822 Ziff. 2, 4, 6, 7, 12, 13 BGB.

§ 1812 verb. m. 1813 BGB verlangt zur Wirksamkeit einer Verfügung über eine Forderung oder über ein anderes Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann, insbesondere auch zur Annahme einer Leistung sowie zur Verfügung über ein Wertpapier und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung die Genehmigung des Gegenvormunds oder, wo ein solcher nicht bestellt ist[4]), des Vormundschaftsgerichts.

Diese Bestimmungen liegen ausschließlich im Interesse des Vertretenen. Wie sich aus § 1812 ergibt, handelt es sich hier um Geschäfte, bei denen einmal eine freiere wirtschaftliche Bewegung des Vormunds im Interesse des Mündels selbst liegt, da

---

[1]) Vgl. Mot. IV, 724, 763—767, 802.

[2]) d. h. ohne vergleichende Gegenüberstellung zu den die elterliche Vertretungsmacht einschränkenden Vorschriften.

[3]) Von der Besprechung im einzelnen derjenigen Vorschriften, die die Vertretungsmacht des Vaters wie die des Vormunds in gleicher Weise ausschließen (vgl. § 1628 mit 1794; 1630 Abs. 2 mit 1795; 1641 m. 1804), beschränken (vgl. § 1643 mit § 1826 Ziff. 1—3, 1822 Ziff. 1, 3, 5 8—11), entziehen (vgl. § 1639 Abs. 2 m. § 1796), wird hier abgesehen, weil dies nur zu einer Wiederholung der obigen Ausführungen (S. 36—40, S. 40—42, S. 34, 35) führen würde. Es wird hiermit auf jene Ausführungen Bezug genommen.

[4]) Ueber die Voraussetzungen der Bestellung des Gegenvormunds vgl. § 1792 BGB.

bei der Häufigkeit ihres Vorkommens im Rechtsverkehr das Erfordernis jedesmaliger Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Vormund zu weitgehend beschränken, ihm die Vermögensverwaltung erschweren und im Verkehr lästig empfunden werden würde, die aber andrerseits doch zu wichtig sind, als daß man sie dem Vormund allein überlassen dürfte, ohne die Sicherheit des Mündels zu gefährden. Für solche Rechtsgeschäfte hat die Rechtsordnung von der weitgehenderen Beschränkung der vormundschaftlichen Vertretungsmacht durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abgesehen und ihre Wirksamkeit von der regelmäßig leichter und schneller zu erlangenden Genehmigung lediglich des Gegenvormundes abhängig gemacht [1]).

Daß auch zur Wirksamkeit lediglich der Annahme einer geschuldeten Leistung diese Genehmigung erfordert wird, liegt insofern im Interesse des Mündels, als mit der Erfüllung der Verbindlichkeit der Gegenstand der Leistung in dem Vermögen des Mündels an die Stelle des aufgehobenen Anspruchs tritt und nach der Natur dieses Gegenstandes eine Schädigung des Mündels durch Verfügungen des Vormunds erleichtert wird. Durch das Erfordernis der Genehmigung des Gegenvormunds soll dem Vormund die Umsetzung des Anspruchs in ein leichter entziehbares Objekt ohne Kenntnisnahme des Gegenvormundes verwehrt und so der in dieser Umsetzung für den Mündel liegenden Gefahr entgegengewirkt werden.

Auch die Befreiung des Vormunds von der Genehmigung des Gegenvormunds in den Ausnahmefällen des § 1813 liegt im Interesse des Mündels, denn die Gefahren, die aus dieser Befreiung dem Mündel erwachsen könnten, werden nach der Natur jener Ausnahmefälle nur unerheblich sein. Sehr erheblich dagegen würde die Vermögensverwaltung dem Vormund erschwert und der Rechtsverkehr belästigt worden sein, hätte die Rechtsordnung auch in diesen Ausnahmefällen die Wirksamkeit stellvertretenden Handelns des Vormunds von der Genehmigung des Gegenvormunds abhängig machen wollen. Jedenfalls hätten die aus dieser Sicherung für den Mündel sich ergebenden Vorteile

---

[1]) Vgl. Mot. IV, 1121—1128,

in keinem Verhältnisse zu den Nachteilen gestanden, welche die mit jener Maßregel verbundene Erschwerung der Vermögensverwaltung und Belästigung des Rechtsverkehrs für den Mündel mit sich gebracht hätten[1]).

Auch die in den §§ 1819, 1820 BGB bestimmte Beschränkung der Vertretungsmacht des Vormunds[2]) durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zur Wirksamkeit von Verfügungen über gesperrte Forderungen und Wertpapiere, die im Sperrdepot hinterlegt sind (§§ 1815, 1814, 1818 BGB), bezweckt ausschließlich Wahrung des Interesses des vertretenen Mündels. Durch die Sperrung oder die Hinterlegung soll der Mündel gegen die mit der Natur der Inhaberpapiere verbundenen Gefahren, die in der Leichtveräußerlichkeit und der erhöhten Umlaufsfähigkeit dieser Papiere liegen, geschützt werden[3]). Dieser Schutz würde aber unvollkommen sein und häufig versagen, wenn nicht auch die Wirksamkeit der Erhebung jener hinterlegten Gegenstände und folgerichtig auch die Wirksamkeit eines jeden Rechtsgeschäfts, durch das die hinterlegten Gegenstände veräußert oder belastet werden oder die Verpflichtung zu einer solchen Veräußerung oder Belastung begründet wird, von vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abhängig gemacht werden würden. Dies gilt umsomehr in den Fällen des § 1818, in denen das Vormundschaftsgericht jene das Interesse des Mündels sichernden Anordnungen aus besonderen Gründen, etwa aus Mißtrauen gegen den Vormund, getroffen hat[4]).

Ein auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstück gerichteter vom Vormund als

1) Vgl. Mot. IV, 1125.

2) Diese Beschränkungen der Vertretungsmacht können zwar auch den Inhaber der elterlichen Gewalt treffen (§ 1667 Abs. 2 BGB). Trotzdem sind sie zu den die Vertretungsmacht des Vormunds im Gegensatz zum elterlichen Gewalthaber besonders beschränkenden Vorschriften zu rechnen, weil sie den Vormund immer, den Inhaber der elterlichen Gewalt nur aus besonderen Gründen treffen. (Vgl. die allgemeine Vorschrift des § 1814 im Gegensatz zu § 1667).

3) Vgl. Mot. IV, 1130.

4) Vgl. Mot. IV, 1134.

Vertreter des Mündels geschlossener Vertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit gemäß § 1821 Ziff. 4 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. — Diese Beschränkung rechtfertigt sich durch die Wichtigkeit der auf den Erwerb von Grundbesitz oder ihm gleichgestellter Rechte gerichteten Geschäfte[1]), sowie durch die Erwägung, daß es in der Regel vorzuziehen sein wird, die Mündelgelder in andrer Weise nutzbar zu machen, und daß der Erwerb von Grundbesitz nur ausnahmsweise für den Mündel zweckmäßig oder durch sein Interesse geboten sein wird[2])[3]).

Die Vorschriften unter Ziffer 6 und 7 des § 1822 BGB verlangen ferner zu einem Lehrvertrag, Dienst- oder Arbeitsvertrag, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll, vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Auch diese Beschränkung rechtfertigt sich ausschließlich durch das Interesse des Mündels, weil jene Verträge bei ihrer Wichtigkeit für das Wohl des Mündels einer besonders sorgfältigen Prüfung bedürfen. Denn es handelt sich bei diesen Verträgen um die Ausbildung und Verwertung der Arbeitskraft, des wichtigsten Gutes der besitzlosen Klassen. Diesem Gute des Unvermögenden durfte die Rechtsordnung umso weniger ihren Schutz versagen, als sie der

---

1) Vgl. die Ausführungen oben S. 40 a. f.

2) Vgl. Mot. IV, 1140 f. Ziff. 5.

3) Die Gründe, die zur Beschränkung des Vormunds bei Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, beim Verzicht auf einen Pflichtteil sowie beim Erbteilungsvertrage (§ 1822 Ziff. 2 BGB) geführt haben, sind die gleichen, aus denen die Beschränkung der vormundschaftlichen und der elterlichen Vertretungsmacht bei Verträgen über das Vermögen des Mündels im Ganzen über eine ihm angefallene Erbschaft, über den künftigen gesetzlichen Erbteil oder Pflichtteil usw. (§ 1822 Ziff. 1) für erforderlich erachtet wurde. Diese Gründe sind bereits oben S. 41 besprochen. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Aus demselben Grunde wird bezüglich der Erwägungen, die die Beschränkung der Vertretungsmacht des Vormunds bei Pachtverträgen über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb (§ 1822 Ziff. 4) rechtfertigen, auf die Ausführungen zu § 1822 Ziff. 3 oben S. 41 verwiesen. Daß die Gründe für die Fälle unter Ziff. 3 und 4 des § 1822 und Ziff. 4 des § 1821 im wesentlichen die gleichen sind, sagen auch die Motive IV, 1145 unter Ziff. 14.

Erhaltung des Vermögens wohlhabender Mündel ihre besondere Fürsorge angedeihen läßt. Schutzbedürftig ist aber der Mündel bei diesen Verträgen, da man nicht schlechthin dem Vormund das Vertrauen schenken darf, er werde sich in allen Fällen die Mühe machen, einen Lehrherrn, Dienstherrn, Arbeitgeber auszusuchen, bei dem für den Mündel materielles Wohlbefinden, Ausbildung in seinem Beruf und sittliche Förderung zu erhoffen sei[1].

Das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zu einem Vergleich und daher gemäß § 1025 ZPO auch zu einem Schiedsvertrag, wenn der Gegenstand des Streits oder der Ungewißheit nicht in Geld schätzbar ist oder den Wert von 300 Mark übersteigt, sowie zur Aufgabe oder Minderung einer für eine Forderung des Mündels bestehenden Sicherheit (§ 1822 Ziff. 12, 13 BGB) rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Vergleich in der Regel einen Verzicht oder eine Veräußerung von Mündelsachen in sich schließt[2]), rechtfertigt sich ferner durch die Größe der aus solchen Geschäften zu befürchtenden Nachteile und durch die Ungewöhnlichkeit solcher Geschäfte[3].

dd) Am deutlichsten aber wird das ausschließliche Interesse des vertretenen Mündels als der für die Anordnung der Vormundschaft und der auf ihr beruhenden Vertretungsmacht leitende Gedanke durch diejenige Vorschrift betont, welche die Voraussetzungen festsetzt, unter denen das Vormundschaftsgericht den Vormund von Amtswegen zu entlassen und damit auch die Vertretungsmacht ihm zu entziehen hat. § 1886 sagt klipp und klar: „Das Vormundschaftsgericht hat den Vormund zu entlassen, wenn die Fortführung des Amtes, insbesondere wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Vormundes, das Interesse des Mündels gefährden würde oder wenn in der Person des Vormundes einer der im § 1781 bestimmten Gründe vorliegt." Aus der Fassung dieser Vorschrift ergibt sich, daß die Entziehung der Vertretungsmacht, die in der Entlassung liegt, nicht

1) Vgl. Protokolle IV, 792.

2) Vgl. Mot. IV, 1143 in Verbindung mit Wachler Pr. V. O., Breslau 1875 § 42 Ziff. 8 u. 14.

3) Vgl. Mot. IV, 1145.

nur wegen Pflichtwidrigkeit, sondern überhaupt immer dann zulässig ist, wenn eine Interessengefährdung vorliegt[1]).

εε Daß der Vormundschaft über Volljährige und der auf ihr beruhenden Vertretungsmacht ebenfalls das ausschließliche Interesse des Vertretenen als leitender Gedanke zugrunde liegt, ergibt sich aus § 1897 BGB, der ganz allgemein auf die für die Vormundschaft über einen Minderjährigen geltenden Vorschriften verweist; ferner aus § 1903 Abs. 1 Satz 3 BGB, der dem zum Vormunde bestellten Vater des Mündels die dem Vater in Satz 1 und 2 eingeräumte befreite Stellung zu entziehen gestattet, wenn sie das Interesse des Mündels gefährdet; aus § 1906 BGB[2]); aus § 1908 Abs. 3 BGB endlich, der die Aufhebung der vorläufigen Vormundschaft anordnet, wenn der Mündel des vorläufigen vormundschaftlichen Schutzes nicht mehr bedürftig ist[3]).

δ Unbestritten ist auch die Befugnis des Pflegers, mit Wirkung für und gegen den Pflegebefohlenen zu handeln, ein Fall gesetzlicher Vertretungsmacht. Ihrem Wesen nach ist die Pflegschaft nicht minder Vormundschaft als die allgemeine Vormundschaft[4]). Der begriffliche Gegensatz der Pflegschaft zur Vormundschaft ist lediglich der des Besonderen zum Allgemeinen. Während die Vormundschaft — und ebenso die elterliche Gewalt — grundsätzlich die allgemeine Fürsorge sowohl für die Person wie für das Vermögen, sowohl nach der tatsächlichen Seite wie nach der Seite der Vertretung hin bezweckt, hat die Pflegschaft lediglich die

---

1) Vgl. Fischer-Henle § 1886 n. 3; Entsch. in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit Bd. V, 219.

2) Bereits oben S. 32 besprochen.

3) Eine Besprechung der übrigen neben § 1886 die Entlassung des Vormunds von Amtswegen regelnden und der übrigen die Vertretungsmacht des Vormunds im Zusammenhang mit andern Materien beschränkenden Bestimmungen würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen und auch untunlich sein, da die angeführten Bestimmungen am deutlichsten und auch vollauf zur Genüge die Richtigkeit unserer Behauptung beweisen, daß auch bei der Vormundschaft all den Tatbeständen, von denen die Vertretungswirkung abhängt, d. h. der Vertretungsmacht des Vormunds das Interesse des Mündels, also des Vertretenen, als leitender Gedanke ausschließlich zugrunde liegt.

4) Vgl. § 1915 BGB.

besondere Fürsorge sei es für einzelne oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten zum Gegenstande. Beiden liegt aber in gleicher Weise die Tendenz der Fürsorge des Mündels oder des Pflegebefohlenen, also das Interesse des Vertretenen, ausschließlich zugrunde[1]).

Diese Wesensgleichheit beweist zur Genüge, daß auch in diesem Falle gesetzlicher Vertretung die Rechtsordnung ausschließlich im Interesse des Vertretenen dem Handeln des Vertreters Rechtswirksamkeit verleiht. Es erübrigt sich daher, auf die einzelnen Fälle der Pflegschaft näher einzugehen. Es genüge lediglich ein kurzer Hinweis auf die §§ 1628, 1794 BGB, die dem Vater und dem Vormund das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes oder Mündels zu sorgen, versagen und damit auch jedem stellvertretenden Handeln des Vaters oder Vormundes die Rechtswirkung bezüglich solcher Angelegenheiten versagen, für die ein Pfleger bestellt ist. Wie sich aus § 1909 BGB ergibt, ist aber ein Pfleger hauptsächlich in den Fällen der §§ 1630 Absatz 2, 1795, 1796 BGB zu bestellen d. h. in Fällen, in denen einem stellvertretenden Handeln des elterlichen Gewalthabers oder des Vormunds, wie schon oben[2]) nachgewiesen, im ausschließlichen Interesse des Vertretenen die Rechtswirkung versagt ist.

Es genüge der weitere Hinweis auf die Gebrechlichkeits-, die Abwesenheits-pflegschaft, auf die Pflegschaften für einen nasciturus und für unbekannte Beteiligte[3]), aus deren Natur sich schon die Maßgeblichkeit des Vertreteneninteresses für ihre Anordnung sowohl wie für ihr Bestehen ergibt; ganz abgesehen davon, daß in den §§ 1911 1913 durch die Worte „soweit sie der Fürsorge bedürfen“ oder ähnliche auf das jenen Fällen als leitender Gedanke zugrunde liegende Interesse des Vertretenen noch ausdrücklich hingewiesen ist.

§ 12.

d Durch die bisherigen Ausführungen glauben wir hinreichend nachgewiesen zu haben, daß den Tatbeständen, von denen die Rechts-

[1]) Vgl. Mot. IV, 1044 ff., 1252; Fischer-Henle Vorbem. zu § 1909, § 1915 u. 1; Rosenberg S. 543.

[2]) S. 36—38, 35.

[3]) §§ 1910—1913 BGB.

ordnung die Wirkung zweifellos stellvertretenden Handelns für die Rechtssphäre d. h. den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten des Vertretenen abhängig macht, also den zweifellosen Fällen der sog. Vertretungsmacht als einheitlicher Gedanke das ausschließliche Interesse des Vertretenen zugrunde liegt; sei es nun daß die Rechtsordnung dieses Interesse durch die Maßgeblichkeit des Willens des Vertretenen genügend gesichert glaubt, wie bei der sog. gewillkürten Vertretungsmacht, sei es daß sie dies Interesse durch besondere die Vertretungsmacht beschränkende, ausschließende entziehende Vorschriften schützt, so hauptsächlich bei der jeglicher Beeinflussung durch den Willen des Vertretenen entzogenen sog. gesetzlichen Vertretungsmacht. — Dieses aus unzweifelhaften Fällen gewonnene Ergebnis berechtigt, Tatbeständen, bei deren Vorhandensein die Rechtsordnung das Handeln einer Person mit Wirkung für den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten eines Andern versieht, ohne ausdrücklich den Handelnden als Vertreter oder sein Handeln als Vertretung[1]) zu bezeichnen, d. h. also zweifelhaften Tatbeständen den Charakter als Vertretungsmacht stets dann abzusprechen, wenn ihnen das ausschließliche Interesse des Andern offenbar nicht zugrunde liegt.

Wir gelangen somit zu folgendem Satz:

Nur derjenige dem Handeln einer Person Wirkung für den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten eines Andern verleihende Tatbestand („Handlungsmacht")[2]), dem das ausschließliche Interesse des Andern zugrundeliegt, ist „Vertretungsmacht".

§ 13.

c Alle übrigen einem Handeln ebenfalls für die Rechtssphäre eines Andern als des Handelnden Wirkung verleihenden Tatbestände, die diese Wirkung verleihen ohne Rücksicht auf das

---

[1]) im Sinne von „stellvertretendem Handeln".

[2]) Der Ausdruck „Handlungsmacht" wurde von uns schon oben § 7 S. 18 n. 2 ganz allgemein für jeden Tatbestand angewandt, der einem Handeln Wirkung in der Rechtssphäre eines Andern als des Handelnden verleiht. Handlungsmacht umfaßt demnach ebensowohl die Vertretungsmacht wie die verschiedenartigsten anderen Tatbestände, z. B. die S. 24 angeführten u. a. m.

ausschließliche Interesse des Andern, sind nicht Vertretungsmacht. Sie sollen im Gegensatz zu den unter dem Namen „Vertretungsmacht“ zusammengefaßten Tatbeständen — die wieder zu der großen Gruppe der mit „Handlungsmacht“ bezeichneten Tatbestände gehören — unter dem Namen „Handlungsmacht im engeren Sinne“ zusammengefaßt werden.

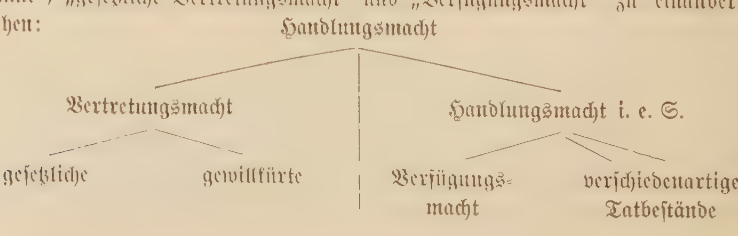
Innerhalb der zahlreichen mit „Handlungsmacht im engeren Sinne“ bezeichneten Tatbestände ist wieder eine Gruppe zu unterscheiden, die für vorliegende Arbeit besonders interessiert, weil sie ein Gegenstück insbesondere zur gesetzlichen Vertretungsmacht bildet und infolgedessen mit dieser vielfach verwechselt wird. Es sind dies diejenigen dem Handeln — insbesondere den Verfügungen — einer Person Wirkung für die Rechtssphäre eines Andern verleihenden[1]) Tatbestände, aus denen einmal der Wille des Andern als unmittelbares Tatbestandsmerkmal völlig ausgeschaltet ist, denen ferner auch sonst nicht das ausschließliche Interesse des Andern, sondern entweder das eigene Interesse des Handelnden oder die Durchführung einer bestimmten, dem Handelnden im allgemeinen — jedenfalls nicht auf eine bestimmte Person beschränkten — Interesse gestellten Aufgabe als leitender Gedanke zugrunde liegt. Diese Tatbestände sollen im folgenden als „Verfügungsmacht“ und die auf Grund dieser Tatbestände mit Wirkung für fremde Rechtssphären Handelnden als „Verfüger über fremde Rechte“ oder „Repräsentanten“ bezeichnet werden[2])[3]).

Die gesetzliche Vertretungsmacht und die Verfügungsmacht haben insofern etwas Gemeinsames, als bei ihnen, sind sie ein-

[1]) meist als „Amt“ bezeichneten.

[2]) Diese Bezeichnungen verwendet Fischer in Fischer Henle 1906 Vorbem. § 164 und Jb. f. Dogm. 40 S. 171.

[3]) Folgendes Schema möge das Verhältnis veranschaulichen, in dem die Begriffe „Handlungsmacht“, „Vertretungsmacht“, „Handlungsmacht im engeren Sinne“, „gesetzliche Vertretungsmacht“ und „Verfügungsmacht“ zu einander stehen:



mal vorhanden[1]), dem Vertretenen bezw. dem durch die Handlung des Verfügers Betroffenen (Repräsentierten) in keiner Weise eine unmittelbare[2]) Beeinflussungsmöglichkeit eingeräumt ist, weder in Bezug auf die Art des stellvertretenden bezw. verfügenden Handelns noch auch in Bezug auf die Beendigung der Vertretung bezw. Repräsentation. Der grundlegende Unterschied zwischen beiden liegt aber darin, daß dem Handeln des gesetzlichen Vertreters — wie jedem stellvertretenden Handeln — nur aus dem Gedanken heraus Rechtswirksamkeit beigelegt wird, daß der gesetzliche Vertreter im ausschließlichen Interesse des Vertretenen tätig werde, während auf Grund der Verfügungsmacht dem Handeln des Verfügers Rechtswirksamkeit verliehen wird, ohne daß bei dieser Verleihung die Rechtsordnung das ausschließliche Interesse des Repräsentierten im Auge gehabt, dem Handeln des Verfügers diese Wirkung vielmehr in seinem eigenen Interesse oder aber zur Durchführung einer bestimmten, dem Verfüger im allgemeinen Interesse gestellten Aufgabe verliehen hat.

Stellen wir uns in bisher üblicher Weise die objektive Wirkung eines Handelns für die Rechtssphäre eines Andern subjektiv als rechtliche Eigenschaft des Handelnden, als eine ihm zustehende Befugnis vor[3]), so gelangen wir zu folgendem Satz:

Nur diejenige jeder unmittelbaren Beeinflussungsmöglichkeit durch den Willen des „Andern" entzogene Befugnis, mit Wirkung für die Rechtssphäre des Andern zu handeln, die das Gesetz zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des Andern erteilt, ist gesetzliche Vertretungsmacht d. h. unmittelbar auf gesetzlicher Anordnung beruhende Befugnis, im Namen des Andern zu handeln. Eine Befugnis der genannten Art dagegen, die das Gesetz dem Handelnden nicht zur Ausübung im Interesse ausschließlich des Andern, sondern zur Ausübung im eigenen Interesse oder zur Durchführung einer bestimmten, ihm im allgemeinen

---

1) Nicht so sehr charakteristisch ist, daß sie ohne eine Willensbetätigung des Vertretenen bezw. Repräsentierten durch bloße Anordnung des Gesetzes entstehen. Denn solche Fälle gibt es auch bei der gewillkürten Stellvertretung. (Rosenberg S. 546 f.). Fälle s. oben § 9 S. 28 n. 1.

2) Vgl. Rosenberg S. 547 n. 1.

3) Vgl. oben § 8 S. 22 n. 1 und § 9 S. 27 n. 4.

Interesse gestellten Aufgabe erteilt hat, ist „Verfügungsmacht" d. h. unmittelbar auf gesetzlicher Anordnung beruhende Befugnis im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts mit Wirkung für die Rechtssphäre eines Andern zu handeln[1]).

Einige Beispiele mögen diesen Gegensatz erläutern: So ist der Vater, wenn er lediglich im Interesse des Kindes z. B. zur Ergänzung dessen mangelnder oder beschränkter Geschäftsfähigkeit handelt, gesetzlicher Vertreter des Kindes; dagegen Repräsentant, Verfüger über fremde Rechte, wenn er Rechte des Kindes kraft des ihm zustehenden Verwaltungsrechts im eigenen Namen und im eigenen Interesse geltend macht. So ist der Vormund gesetzlicher Vertreter, weil er lediglich im Interesse des Mündels handelt, der Testamentsvollstrecker, der Zwangsverwalter, der Nachlaßverwalter dagegen Verfüger über fremde Rechte, weil sie die ihnen zustehende Verfügungsmacht nicht im ausschließlichen Interesse einer bestimmten Person, sondern zur Durchführung der ihnen gestellten Aufgabe ausüben[2]).

§ 14.

f Diese Unterscheidung zwischen gesetzlicher Vertretungsmacht und Verfügungsmacht, zwischen gesetzlichem Vertreter und Verfüger über fremde Rechte, die für die Beurteilung der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters von grundlegender Bedeutung ist, wird von den Anhängern der Vertretungstheorieen[3]) zumeist überhaupt nicht erkannt oder nicht anerkannt. Sie bestreiten, daß die gesetzliche Vertretungsmacht eine dem Vertreter zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des Vertretenen erteilte Befugnis sei und daß daher der Vertreter im ausschließlichen Interesse des Vertretenen zu handeln habe, indem sie, ganz abgesehen von der

---

1) Den Begriff der „Repräsentation" und der „Verfügungsmacht" hat zuerst Fischer klar gefaßt und in scharfen Gegensatz zur „Vertretungsmacht" gestellt. Vgl. Fischer Bekker Heft 6 S. 45, Krech Fischer § 183 Anm. 3 S. 666; neuerdings im Jb. f. Dogm. Bd. 40 S. 171 und in Fischer-Henle vor § 164 S. 94. Ihm folgen Schott, S. 63; Gaupp-Stein § 325 VI Ziff. 1 727, III; Mitteis S. 4 f. Einl. V. Hellwig, Rechtskraft unterscheidet zwischen Vertretungs- und Verfügungsmacht, a. a. O. S. 100 f.

2) Weitere Beispiele siehe Fischer-Henle a. a. O.; Jb. f. Dogm. 40 S. 171.

3) die im Konkursverwalter einen Vertreter erblicken (vgl. oben § 3).

gesetzlichen Vertretungsmacht, für die Vertretungsmacht überhaupt das ausschließliche Interesse des Vertretenen als nicht begriffswesentlich bezeichnen[1][2].

α Sie beanstanden zunächst das Erfordernis der Ausschließlichkeit und führen etwa folgendes aus: Eine Handlung höre darum nicht auf, Stellvertretung zu sein, daß sie auch dem Interesse des Handelnden selbst diene[3]. So sei beispielsweise auch der procurator in rem suam Vertreter, obwohl er eigene Interessen verfolge, ja es könne der Bevollmächtigte sogar verpflichtet werden, für die Interessen dritter z. B. für die der Gläubiger zu sorgen[4].

Diese Einwände sind belanglos, teils weil sie die wahre Bedeutung des Erfordernisses der „Ausschließlichkeit" völlig verkennen, teils weil sie infolge mangelhafter Unterscheidung von gesetzlicher und gewillkürter Vertretungsmacht das bei letzterer im Gegensatz zur gesetzlichen Vertretungsmacht so erheblich ins Gewicht fallende Tatbestandsmerkmal des Willens des Vertretenen außer Acht lassen.

Wenn nach den oben[5] aufgestellten Sätzen nur derjenige dem Handeln einer Person Wirkung für den Kreis der Rechte

---

1) So Petersen, Sächs. Arch. I S. 8 f.; Jaeger § 6 Anm. 7, Riezler bei Staudinger vor § 164 Anm. 5 und im Arch. ziv. Praxis 98 S. 380, Peters.-Kleinf. Anm. 13 § 6.

2) Die angeführten Schriftsteller wenden sich zwar — wörtlich genommen — nur dagegen, ein Handeln im ausschließlichen Interesse als Begriffsmerkmal der „Stellvertretung" zu verlangen. Sinngemäß trifft aber infolge nicht genügend scharfer Scheidung zwischen „stellvertretendem Handeln" und „Vertretungsmacht" ihr Einwand nicht den Begriff des „stellvertretenden Handelns", sondern den der „Vertretungsmacht". Vgl. oben § 9 S. 26 u. 3 Abs. 4.

3) Riezler bei Staudinger a. a. O.

4) Petersen, a. a. O. — Das Beispiel des procurator in rem suam scheint u. E. eher für als gegen die hier vertretene Auffassung zu sprechen, da der procurator in rem suam in seiner — nach heutigem Recht infolge Zulassung der Zession übrigens nicht mehr praktischen — Stellung nur bis zur litis contestatio verharrte, dann aber dominus litis d. h. Partei würde. Vgl. auch Kiehl Z. 30, S. 316 u. 23. Auch beruht die Handlungsmacht des procurator auf dem Willen des dominus, der durch beliebigen Widerruf dem procurator diese Macht wieder entziehen und so einer Schädigung seines Interesses wirksam vorbeugen kann. Vgl. auch unten S. 59—61.

5) § 12 S. 53, § 13.

und Verbindlichkeiten eines Andern verleihende Tatbestand, dem das Interesse „ausschließlich" des Andern zugrundeliegt, oder nur diejenige Befugnis, mit Wirkung für die Rechtssphäre eines Andern zu handeln, die zur Ausübung im Interesse „ausschließlich" des Andern erteilt ist, als Vertretungsmacht zu bezeichnen sind, so darf dies nicht — wie irrtümlich geschehen — dahin verstanden werden, als ob einem Tatbestande oder einer Befugnis, die sich im übrigen als Vertretungsmacht darstellen, diese Eigenschaft lediglich deshalb entzogen werde, weil infolge zufälligen oder beabsichtigten Zusammenfallens des Interesses des Vertretenen mit dem des Vertreters oder eines Dritten die auf Grund jenes Tatbestandes oder jener Befugnis eintretende Handlungswirkung neben dem Interesse des Vertretenen auch fremden Interessen zugute komme. Ob jener Tatbestand oder jene Befugnis Vertretungsmacht sind, entscheidet nicht der Umstand, daß die auf Grund jenes Tatbestandes oder jener Befugnis den „Andern" treffende Handlungswirkung dem Interesse des „Andern" im konkreten Falle tatsächlich zugute kommt, sondern vielmehr der Umstand, daß diese Handlungswirkung dem Interesse des „Andern" nach dem Willen der Rechtsordnung zugute kommen sollte. Die Behauptung, die Vertretungsmacht sei eine zur Ausübung im Interesse des Vertretenen „ausschließlich" erteilte Befugnis, und die darauf beruhende Forderung, ein Vertreter müsse „ausschließlich" im Interesse des Vertretenen handeln, bedeuten somit nicht einen Ausschluß tatsächlicher Förderung, sondern nur einen Ausschluß rechtlicher Maßgeblichkeit anderer Interessen.

Hieraus ergibt sich, daß es für die Bestimmung, ob Vertretungsmacht vorliegt oder nicht, ferner völlig unwesentlich ist, ob der mit Wirkung für die Rechtssphäre eines Andern Handelnde die ihm zustehende Befugnis im konkreten Falle auch immer im ausschließlichen Interesse des Andern ausübt. Nicht das Handeln im konkreten Fall, sondern das typische, das abstrakt gedachte, das von der Rechtordnung gewollte Handeln ist maßgebend[1]). Nicht, ob der Handelnde die Handlungsmacht im ausschließlichen Interesse des Andern ausübt, sondern ob er sie im ausschließlichen Interesse

---

[1]) Vgl. auch Lenel, Jb. f. Dogm. 36, S. 6 f.

des Andern nach dem Willen der Rechtsordnung ausüben sollte, ist entscheidend [1]).

Der fernere oben erhobene Einwand, der Bevollmächtigte könne sogar verpflichtet werden, für das Interesse der Gläubiger zu sorgen, in welchem Falle fremde Interessen vom Vertreter nicht nur neben dem Interesse des Vertretenen, sondern als selbständige und für das Handeln des Vertreters ausschließlich maßgebende wahrzunehmen seien, übersieht den bei der gewillkürten Vertretungsmacht als Tatbestandsmerkmal in Betracht kommenden Willen des Vertretenen.

Denn da im Gegensatz zu der gesetzlichen bei der gewillkürten Vertretungsmacht dem Willen des Vertretenen — in irgend einer Weise — eine maßgebende und unmittelbar entscheidende Beeinflussungsmöglichkeit eingeräumt ist [2]), so kommt dieser Wille auch für den Umfang des Interesses des Vertretenen als bestimmendes Moment in Betracht; ja dieser Wille tritt häufig überhaupt als Tatbestandsmerkmal völlig an die Stelle des „ausschließlichen Interesses"; so bei der Vollmacht, die weiter nichts ist als eine zur Ausübung ausschließlich im Willen des „Andern" von der Rechtsordnung erteilte „Handlungsmacht." [3]) [4]).

Zweifellos ist die zur Wahrnehmung der Gläubigerinteressen vom Vertretenen erteilte Vollmacht „Vertretungsmacht" auch in unserm Sinne. Denn das Interesse des Vertretenen besteht in

---

[1]) So wird im Ernst z. B. der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vaters oder der des Vormunds niemand die Eigenschaft der Vertretungsmacht deshalb absprechen wollen, weil Vater oder Vormund im konkreten Fall pflichtwidriger Weise und gegen den Willen der Rechtsordnung andere Interessen als die des Kindes oder Mündels für die Art ihres stellvertretenden Handelns bestimmend werden lassen.

[2]) sei es hinsichtlich der Begründung oder der Beendigung der Vertretungsmacht, sei es hinsichtlich der Auswahl des Vertreters oder hinsichtlich der Art und des Umfangs seiner Tätigkeit. Vgl. auch Rosenberg S. 551.

[3]) Darüber, daß die „Vollmacht" nur einer der verschiedenen unter dem Namen „gewillkürter Vertretungsmacht" zusammengefaßten Tatbestände ist, vgl. Rosenberg S. 539—542 und oben § 9 S. 27 f.

[4]) Darüber, daß auch die sog. gewillkürte Vertretungsmacht und damit auch die Vollmacht letzten Endes von der Rechtsordnung erteilt ist vgl. Rosenberg S. 545.

diesem Falle kraft seines ausdrücklichen Willens eben in der Wahrnehmung der Gläubigerinteressen. Dem Erfordernisse, daß die Vertretungsmacht dem Vertreter zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des Vertretenen erteilt sein müsse, ist durchaus genügt. Für den Vertreter ist in der Tat nach dem Willen der Rechtsordnung ausschließlich und in erster Linie das Interesse des Vertretenen, nämlich dessen Interesse an strikter Erfüllung seines Willens maßgebend, während das Interesse der Gläubiger als solches für das Handeln des Vertreters überhaupt nicht unmittelbar in Betracht kommt, sondern nur mittelbar, nur weil es in diesem Falle vom Interesse des Vertretenen mit umschlossen wird, nur weil es kraft Willens des Vertretenen in diesem Falle zum Interesse des Vertretenen selbst wird, Berücksichtigung findet[1].

Unter diesem Gesichtspunkt kann — so widerspruchsvoll es klingen mag — sogar die zur Ausübung zum Schaden des Vertretenen von letzterem erteilte Handlungsmacht sich als Vertretungsmacht in unserm Sinne darstellen; dann nämlich, wenn der Wille des Vertretenen ausdrücklich auf ein Handeln zu seinem Schaden gerichtet war. Wie bei dem Bevollmächtigten, der kraft Willens des Vertretenen Gläubigerinteressen wahrzunehmen hat, besteht auch hier das Interesse des Vertretenen, welches für die Erteilung der Vertretungsmacht ausschließlich maßgebend gewesen ist und damit auch für das Handeln des Vertreters ausschließlich maßgebend sein soll, in der strikten Erfüllung des Willens des Vertretenen.

Bei der gesetzlichen Vertretungsmacht hingegen ist ein derartiges Eintreten des Tatbestandsmerkmals des Willens des Vertretenen an die Stelle seines ausschließlichen Interesses naturgemäß ausgeschlossen, da die gesetzliche Vertretungsmacht, ist sie einmal angeordnet, jeder unmittelbaren Beeinflussungsmöglichkeit durch den

---

[1]) So liegt beispielsweise zweifellos auch dann Vertretungsmacht vor, wenn A im Namen und Auftrag des B mit C einen Vertrag mit der Wirkung abschließt, daß D unmittelbar ein Recht erwirbt, von C eine Leistung zu fordern (§ 328 BGB). Hier erfolgt die Handlung des A zweifellos nicht weniger im Interesse des D als in dem seines Auftraggebers C und trotzdem darf nicht Anstand genommen werden, den A als Vertreter allein des B zu bezeichnen. Denn das für das Handeln des A maßgebliche ist nicht das Interesse des D, sondern der Wille des B.

Willen des Vertretenen entzogen ist, sowohl in Bezug auf die Art des stellvertretenden Handelns als auch in Bezug auf die Beendigung der Vertretung[1]). Eine Handlungsmacht also, aus der der Wille des Andern als Tatbestandsmerkmal ebenso sehr ausgeschaltet ist wie bei der gesetzlichen Vertretungsmacht wird nur dann als gesetzliche Vertretungsmacht in unserm Sinne angesprochen werden dürfen, wenn ihr das ausschließliche Interesse des Andern in des Wortes eigenster Bedeutung d. h. wenn ihr der Vorteil des Andern ausschließlich zugrundeliegt. Eine Handlungsmacht aber, aus der in gleicher Weise der Wille wie das Interesse des Andern ausgeschaltet ist, wird immer nur als „Verfügungsmacht" in dem oben genannten Sinne[2]) bezeichnet werden dürfen[3]).

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß die Befugnis, mit Wirkung für die Rechtssphären einer Mehrzahl bestimmter Rechtssubjekte zu handeln jedesmal nur dann als zur Ausübung im „ausschließlichen" Interesse der einzelnen Rechtssubjekte erteilt und damit als Vertretungsmacht betrachtet werden darf, wenn die wahrzunehmenden Interessen der „Andern" in jeder Hinsicht gleichgerichtete und nicht einander in irgend einem Punkte widerstrebende sind, da in diesem Falle ein Handeln im ausschließlichen Interesse jedes Einzelnen begrifflich unmöglich wäre[4]).

β Abgesehen von dem eben erörterten Einwand, daß nicht das ausschließliche Interesse des Vertretenen der Vertretungsmacht zugrunde liege, lehnen es aber die Anhänger der Vertretungstheorieen[5]) weiterhin grundsätzlich ab, das Interesse des Vertretenen überhaupt als die der Vertretungsmacht zugrundeliegende Tendenz und somit als Kriterium in zweifelhaften Fällen dafür zu betrachten ob eine Handlungsmacht „Vertretungsmacht" und das auf ihr

---

[1]) Vgl. Rosenberg, S. 547 sowie die Ausführungen oben § 13 S. 54—56; vgl. auch Wach, Handb. I § 51 S. 587.

[2]) Vgl. § 13.

[3]) Vgl. hierzu die Ausführungen Lippmanns, Jb. f. Dogm. 41, S. 124. insbes.: „wo aber zugleich Wille und Interesse des Vertretenen indifferent sind, gestaltet sich die Sache zu einer bewußten Disposition über fremdes Gut in fremdem Interesse."

[4]) Vgl. Schott S. 64 oben; Gaupp-Stein 1906 vor § 50 Ic. S. 133.

[5]) soweit sie sich mit der Vorfrage, ob der Konkursverwalter überhaupt Vertreter sein könne, beschäftigen.

beruhende Handeln infolgedessen „stellvertretendes" sei oder nicht. Für die Frage, ob „Vertretungsmacht" vorliegt oder nicht, sei nicht die Maßgeblichkeit des Interesses des „Andern" entscheidend, sondern ohne Rücksicht auf dieses Interesse lediglich der Umstand, ob das Subjekt der vom Handelnden oder ihm gegenüber geltend gemachten Rechte und Verbindlichkeiten ein vom Handelnden verschiedenes sei oder nicht[1]). Die Befugnis zur Vertretung von Interessen und die Befugnis zur Vertretung von Rechten seien grundverschiedene Dinge. Nur die letztere sei „Vertretungsmacht" im technischen Sinne[2]).

Daß und inwiefern das Interesse des Vertretenen als Begriffsmerkmal der Vertretungsmacht zu betrachten sei, ist oben in den §§ 9—12 eingehend erörtert. Bezüglich dieses Einwandes ist im Besonderen noch folgendes zu sagen: Ihm ist an sich insoweit durchaus beizupflichten als Vertretungsmacht im technischen Sinne nicht als Befugnis zu Handlungen gedacht werden kann, die lediglich die Wahrnehmung fremder Interessen darstellen, juristisch jedoch als solche belanglos sind. Diese Wahrheit dürfte wohl aber niemand verkennen[3]). Sie ist auch von der oben aufgestellten Begriffsbestimmung nicht verkannt worden, welche die Vertretungsmacht als einen Tatbestand bezeichnet, von dessen Vorhandensein die Wirkung stellvertretenden Handelns abhängig ist. Daß aber den Begriff des „stellvertretenden Handelns" nicht schlechthin Handlungen, sondern Rechtshandlungen im fremden Namen ausmachen, wurde oben ausdrücklich betont[4]). Auch nach der hier vertretenen Auffassung ist demnach für den Begriff „Vertretungsmacht" in erster Reihe der Umstand entscheidend, daß es sich um Rechte und Verbindlichkeiten und nicht lediglich um das Interesse des Vertretenen handle. Während aber seitens der Gegner dieser Umstand für die Bestimmung des Begriffs „Vertretungsmacht" nicht nur für erforderlich, sondern auch genügend erachtet wird, faßt die hier vertretene Begriffsbestimmung den Begriff „Ver-

---

[1]) Petersen, Sächs. Arch. I S. 9 a. E.

[2]) Hupka, Vollmacht 1900 S. 3, ebenso Jaeger § 6 n. 7.

[3]) Vgl. Mitteis S. 2; auch Rosenberg bezeichnet die Beschränkung auf juristisch bedeutsame Handlungen als selbstverständlich. a. a. O. S. 2, 44.

[4]) Vgl. § 5 S. 14 und 15.

tretungsmacht" enger, indem nur diejenige Befugnis zum Handeln mit Wirkung für den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten eines Andern als Vertretungsmacht angesehen wird, die zur Ausübung ausschließlich im Interesse des Andern erteilt worden ist. Also nicht jede Befugnis zum Handeln mit Rechtswirkung für die Rechtssphäre eines Andern schlechthin ist u. E. Vertretungsmacht, sondern nur die zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des Andern erteilte und dadurch besonders qualifizierte Befugnis.

III. Anwendender Teil.

§ 15.

III A 1. Als stellvertretendes Handeln wurde oben[1]) die Vornahme oder Entgegennahme von Rechtshandlungen im Namen und an Stelle eines oder mehrerer erkennbarer bestimmter Rechtssubjekte bezeichnet. Betrachtet man unter Zugrundelegung dieser Begriffsbestimmung das Handeln des Konkursverwalters, so wird sich in seinem Handeln ein „stellvertretendes" nimmermehr erblicken lassen.

a Denn gerade das für den Begriff „Vertretung" allseitig als wesentlich bezeichnete Erfordernis des Handelns im fremden Namen fehlt u. E. beim Konkursverwalter völlig. Der Konkursverwalter handelt nicht in fremden, sondern in eigenem Namen.

Zum Beweise dieser Behauptung bedarf es eines Eingehens auf den Ursprungsgrund und die eigentliche Lebensaufgabe sowie der Klarstellgung der eigentlichen rechtlichen Natur des Instituts des Konkursverwalters.

Zum Verständnis und zur Erkenntnis der wahren Natur des Instituts des Konkursverwalters ist eine vorherige kurze Erörterung des Wesens des Staates und der staatlichen Funktionen sowie eine kurze Erläuterung der Begriffe „Amt", „Organ", „Beamter" unerläßlich.

»Das Wesen des Staates ist Herrschen, imperium: Geschäfte des Staates sind für die staatsrechtliche Betrachtung demnach nur Funktionen, welche sich auf die Herrschaft, auf die Ausübung von Hoheitsrechten beziehen« [2]).

---

[1]) Vgl. oben § 5.

[2]) Zorn, Reichsstaatsrecht Bd. I § 13 S. 207.

Zur Wahrnehmung seiner Geschäfte bedarf der Staat der Organe, der Amtsträger, denen »ein bestimmt begrenzter Kreis von Geschäften des Staates« d. h. ein Amt[1]) zugewiesen ist.

Tritt der Träger eines solchen Staatsamtes gleichzeitig zum Staat in ein Dienstverhältnis,[2]) so redet man von einem Beamten andernfalls nicht[3]).

Will nun der Staat einem seiner vornehmsten Hoheitsrechte, der Gerichtsbarkeit,[4]) genügen, so bedarf er zur Ausübung der auf dieses Hoheitsrecht sich beziehenden Funktionen, d. i. die Verwirklichung des staatlichen Rechtsschutzes[5]); besonderer Organe und zwar neben den Organen, die der Feststellung des Rechtes dienen, neben den Organen der Rechtssprechung, auch Organe der Rechtsverwirklichung, die die Umsetzung des als Recht Erkannten in die Wirklichkeit, wenn nötig gegen den Willen des Verpflichteten ermöglichen.

Während nun in der Regel hierzu die Tätigkeit des Gerichts und gegebenenfalls die Hilfe des Gerichtsvollziehers genügt, erweisen sich diese Organe der Rechtsverwirklichung als unzureichend, sobald es sich um Auflösung bezw. Regulierung verwickelter Verhältnisse handelt, die in die Interessen verschiedener Personen eingreifen, wie z. B. auch beim Konkurs. Hier handelt es sich nicht um Befriedigung einzelner Ansprüche durch Zwangsvollstreckung gegen einzelne bestimmte Gegenstände des schuldnerischen Vermögens, sondern um eine gemeinsame und gleichmäßige Befriedigung aller ihre Ansprüche anmeldender Gläubiger aus dem ganzen Vermögen des Schuldners, um eine Generalexekution im Gegensatz

---

1) Zorn, a. a. O.; Krech-Fischer § 142, n. 2a S. 602 „Staatsamt im weiteren Sinne des Wortes."

2) was immer nur dann notwendig sein wird, wenn es sich um Erfüllung gleichartiger oder ähnlicher in ununterbrochener Reihe wiederkehrender Aufgaben handelt wie z. B. beim Richteramt; nicht notwendig sein wird, wenn es sich nur um Durchführung einer vereinzelten Aufgabe handelt, wie z. B. beim Konkursverwalter, Sequester, Testamentsvollstrecker. Stegemann Z. 17, S. 372 f.

3) Krech-Fischer a. a. O., Stegemann a. a. O.

4) Stegemann, a. a. O.; ähnlich Kiehl Z. 30, S. 302.

5) Krech-Fischer, a. a. O.; Stegemann, a. a. O. Bunsen, Z. 26, S. 207 oben.

zu der die Regel bildenden Spezialexekution. Zur Erfüllung dieses Zwecks genügt nicht (wie z. B. bei der Wegnahme einer Sache durch den Gerichtsvollzieher, bei Pfändung einer Forderung durch das Vollstreckungsgericht) ein einmaliger Zwangsakt seitens der betreffenden Organe, vielmehr bedarf es in diesem Falle dem besonderen Zwecke entsprechend einer andauernden Einwirkung auf das Vermögen des Schuldners, einer besonderen Art des exekutorischen Rechtsschutzes eben des Konkursverfahrens[1]). Es entsteht die Notwendigkeit, im Interesse der Gläubiger die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis dem Schuldner zu entziehen und diese Funktionen zum Zwecke möglichst günstiger Verwertung des gemeinschuldnerischen Vermögens und zum Zweck gehöriger Befriedigung aller einzelnen Gläubiger durch einen Andern ausüben zu lassen.

Da nun dem Staat einerseits die Regulierung dieser Verhältnisse seitens der an ihnen Beteiligten bei der Vielheit der notwendig sich kreuzenden Interessen nicht genügende Garantie dafür bietet, daß die Interessen des einzelnen Beteiligten genügend gewahrt werden, demnach seine Aufgabe, die Verwirklichung des Rechtsschutzes hinreichend gelöst wird, andererseits zu einer solchen Verwaltungstätigkeit[2]) die gewöhnlichen Vollstreckungsorgane, Gericht und Gerichtsvollzieher sich unzureichend erweisen[3]), sieht sich der Staat genötigt, ein neues den besonderen Erfordernissen des Konkurses eigenartig angepaßtes Vollstreckungsorgan, einen neuen Amtsträger zu schaffen und das ist der Konkursverwalter[4]). Hier liegt

---

[1]) Krech-Fischer, § 183 n. 3 S. 666 und § 6 II b S. 127.

[2]) z. B. Fortführung des gemeinschuldnerischen Geschäftes, Abschluß neuer Rechtsgeschäfte usw.

[3]) Oetker, Grundbegr. Bd. I S. 20. Kiehl, Z. 30. S. 302 f.

[4]) Kiehl, a. a. O.: „Staatliches Organ der Rechtspflege“; Krech-Fischer, a. a. O. „Organ des Staates“. Auch Hellmann bezeichnet den Konkursverwalter mehrfach als Vollstreckungsorgan § 37 S 390 f.

Jaegers Erregung über die Bezeichnungen „Organ, öffentliches Organ“, die er als Schlagworte und Phrasen bezeichnet § 6 n. 7, erklärt sich zum Teil aus einer Verwechselung der oben festgelegten Begriffe „Beamter“ und „Amtsträger“ (so z. B. in dem Satz: „Kiehl nennt den Verwalter geradezu »ein staatliches Organ der Rechtspflege«. Danach — sic! — wäre der Verwalter ein Beamter.“) und aus einer Verkennung des anerkannten

der Ursprungsgrund des Konkursverwalter-Amts. Als neues selbständiges Rechtssubjekt ohne eigenes Interesse und losgelöst und unabhängig von jeglichen Sonderinteressen über den Parteien stehend, als Norm und Richtschnur für seine Tätigkeit einzig und allein die ihm zugewiesene Aufgabe, Sonderinteressen nur im Rahmen jener Aufgabe anerkennend, waltet der Konkursverwalter seines Amts. Er erscheint nicht als Vertreter, nicht als Rechtsnachfolger[1]) irgend einer Partei, von der er die ihm zustehenden Befugnisse herleitet. Er entnimmt die ihm zustehenden Rechte und die ihm obliegenden Pflichten unmittelbar dem Gesetz.

Die wichtigste ihm kraft Gesetzes als Amtsträger zustehende Befugnis ist die ihm gemäß § 6 KO eingeräumte Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Masse und als notwendige Folge dieser Befugnis die weitere, Ansprüche, welche zur Masse gehören, im Prozesse geltend zu machen, sowie Ansprüche Dritter auf die Masse als Befriedigungsobjekt, die prozessualisch geltend gemacht werden, abzuwehren. Diese Ansprüche macht er geltend bezw. wehrt sie ab, im eigenen Namen kraft eigenen Rechts, kraft des ihm zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechts[2], [3]).

b Gelegentlich der Erörterung der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters sagt Petersen[4]), es handle sich bei dieser Frage lediglich darum, in wessen Namen der Konkursverwalter handle bezw. wer Subjekt der von ihm oder ihm gegenüber geltend gemachten Rechte und Verbindlichkeiten sei. Petersen setzt hier anscheinend das Geltendmachen fremder Rechte und Verbindlichkeiten dem Handeln im fremden Namen gleich. Auf Grund dieser Gleichstellung gelangt er auch zu dem Schluß, daß der Konkursverwalter, weil er fremde Rechte und Verbindlichkeiten geltend macht, im fremden, nicht im eigenen Namen handele. Diese von Petersen

Grundsatzes des Staatsrechts, daß weder jeder, der ein Staatsamt übernimmt, dadurch zum Staatsbeamten wird, noch jeder Beamte ein Amt verwalten muß (Laband, Staatsrecht des deutschen Rechts Bd. I S. 383).

1) Krech-Fischer § 142 n. 2b; Stegemann Z. 17 S. 374.

2) Stegemann Z. 17, S. 374.

3) Vgl. zu diesen Gesamtausführungen Krech-Fischer, a. a. O. a. a. O.; Stegemann, a. a. O.; Kiehl, Z. 30 S. 203 ff.; Bunsen, Z. 26, S. 256; Sarwey-Bossert § 6 n. 5.

4) Vgl. Sächs. Arch. I, S. 9

vorgenommene Gleichstellung von Geltendmachen fremder Rechte und Verbindlichkeiten und Handeln im fremden Namen ist aber keinesfalls zulässig. Muß denn jeder, der fremde Befugnisse, beispielsweise des Eigentümers ausübt, notwendig in dessen Namen handeln? Keineswegs. Die Befugnisse können vielmehr auch selbständig aus einem besonderen Rechte erwachsen. So handelt auch der Ehemann, der gemäß § 1380 BGB ein zum eingebrachten Gute der Frau gehörendes Recht gerichtlich geltend macht, nicht in fremdem Namen und wird darum auch folgerichtig nicht als Vertreter der Ehefrau bezeichnet, obwohl auch er fremde Rechte geltend macht; Rechte, deren Subjekt nicht er, sondern die Ehefrau ist[1]. Mit der Geltendmachung dieser fremden Rechte handelt er vielmehr im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts, nämlich kraft des ihm über das Vorbehaltsgut zustehenden Verwaltungsrechts.

Das Gleiche muß auch vom Konkursverwalter gelten. Auch er übt dadurch, daß von ihm oder ihm gegenüber fremde Rechte und Verbindlichkeiten geltend gemacht werden, lediglich ein eigenes Recht aus, nämlich das ihm als einem im öffentlichen Interesse geschaffenen Organ für die Durchführung des Konkurszwecks[2]) zustehende Verwaltungsrecht und die ihm obliegende Verwaltungspflicht[3]), als deren bloßer Teil, lediglich als deren Ausfluß sich eben auch jene Geltendmachung fremder Rechte darstellt.

Mit der Geltendmachung fremder Rechte ist also noch nicht notwendig ein Handeln in fremdem Namen und damit die Vertreterstellung gegeben.

Wenn ferner Jaeger gegen die Behauptung, der Konkursverwalter handle im eigenen Namen, anführt[4]), die Bedeutung der Worte „im Namen des Vertretenen" erläutere § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB dahin, daß es keinen Unterschied mache, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolge oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen solle, so ist dem nur beizupflichten. Inwiefern jedoch diese Interpretation

---

1) Vgl. Kiehl, Z. 30 S. 295 oben, Sarwey-Bossert § 6 n. 5; Gaupp-Stein § 52 IV A a I; Rosenberg, S. 19, 522.

2) Vgl. RG, S. 36 und die Ausführungen oben S. 63–66.

3) Vgl. die Ausführungen Kiehls, a. a. O.

4) Jaeger. § 6 n. 6.

der Worte „im Namen usw." gegen die hier vertretene Auffassung sprechen solle, ist nicht recht ersichtlich. Denn der Umstand, aus dem Jaeger auf ein Handeln im fremden Namen seitens des Konkursverwalters schließen zu dürfen glaubt, daß nämlich der Verwalter „als Konkursverwalter" handle, besagt u. E. garnichts, da er sich ebensowohl für die hier vertretene Auffassung, nach der der Konkursverwalter im eigenen Namen handelt, verwenden läßt. Zum Verständnis der wahren Bedeutung der Worte „als Konkursverwalter" ist wie zur richtigen Erkenntnis der rechtlichen Konstruktion des Konkursverwalters überhaupt eine scharfe, völlige Trennung der Privatperson des Verwalters von dem in ihm verkörperten Amt erforderlich. So oft der Konkursverwalter nicht als Privatperson, sondern „als Konkursverwalter" handelnd auftritt, handelt als eigentliches Rechtssubjekt lediglich das Verwalteramt, demgegenüber die Person des Konkursverwalters nur als Träger, als menschliche Erscheinungsform in Betracht kommt. Von „Jakob Müller[1]) der Privatperson" ist völlig zu scheiden und grundverschieden „Jakob Müller, der Konkursverwalter". Als zwei durchaus selbständige Rechtssubjekte stehen diese beiden nebeneinander, lediglich verbunden durch das gemeinschaftliche körperliche Gebilde, in dem jedes der beiden Subjekte gesondert in Erscheinung tritt. Handelt nun also Jakob Müller „als Konkursverwalter" so ist die Situation mit Jaeger nicht so aufzufassen, als ob die Privatperson Jakob Müller im Namen eines anderen Rechtssubjekts (des Gemeinschuldners, der Gläubiger, der Masse, des Verwalteramts) auftritt, vielmehr ist in den Worten „als Konkursverwalter" ein Hinweis darauf zu erblicken, daß bei vorliegender Handlung die Privatperson gänzlich fortfallen solle und einzig und allein das von der Privatperson völlig verschiedene selbständige Rechtssubjekt, das Konkursverwalteramt, im eigenen Namen handle[2]).

Handelt der Konkursverwalter aber in eigenem und nicht in fremdem Namen, so kann sein Handeln auch nicht als „stellvertretendes" bezeichnet werden.

---

[1]) um in Jaegers Bilde zu bleiben.

[2]) Vgl. Oetker, Grundbegriffe I S. 322, vgl. auch Gallinger S. 21, der den Konkursverwalter allerdings als Vertreter des Amts bezeichnet. Vgl. hierzu noch Struckmann-Koch § 52 n. 3 („das Konkursverwalteramt ist Partei").

§ 16.

2. Im vorhergehenden Paragraphen wurde nachzuweisen versucht, daß der Konkursverwalter nicht im fremden, sondern vielmehr im eigenen Namen handele. Dieses Ergebnis nötigte mit Rücksicht auf die oben[1]) aufgestellte Begriffsbestimmung des „stellvertretenden Handelns“ dazu, dem Handeln des Konkursverwalters die Eigenschaft des „stellvertretenden“ abzusprechen. Ist aber das Handeln des Konkursverwalters kein „stellvertretendes,“ dann ist auch der diesem Handeln Wirkung verleihende Tatbestand, die dem Konkursverwalter zustehende „Handlungsmacht,“ gemäß der oben[2]) erörterten Wechselbeziehung zwischen Handeln[3]) und Handlungsmacht im allgemeinen und zwischen stellvertretenden Handeln und Vertretungsmacht im besondern keine „Vertretungs“-macht.

Zu diesem Ergebnis wollten wir jedoch, unabhängig von dem Ergebnis der Untersuchung des konkursverwalterlichen Handelns lediglich durch Untersuchung der Handlungsmacht des Konkursverwalters auf ihre Eigenschaft als Vertretungsmacht hin gelangen; hofften wir doch durch ein übereinstimmendes Ergebnis zweier derart von verschiedenen Punkten ausgehender und unabhängig von einander geführter Untersuchungen unserer Behauptung, der Konkursverwalter sei nicht Vertreter, desto größeren Nachdruck zu verleihen[4]).

a Vor Eintritt in die eigentliche Untersuchung der Handlungsmacht des Konkursverwalters auf ihre Eigenschaft als Vertretungsmacht hin gilt es, einen Beweisgrund, der nach Ansicht mancher Gegner die Handlungsmacht des Konkursverwalters als Vertretungsmacht aufzufassen zwingt, auf seine Richtigkeit hin zu prüfen.

In vorliegender Arbeit wurde stets betont, daß das Handeln des Konkursverwalters Wirkungen für den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners äußere[5]), ja es wurden sogar aus dem Vorhandensein dieser Wirkung wichtige Schluß-

---

[1]) § 5.
[2]) § 7 insbesondere S. 19, 20.
[3]) mit Wirkung für fremde Rechtssphären.
[4]) Vgl. oben S. 21.
[5]) so im § 7 S. 21.

folgerungen gezogen[1]). Auch an dieser Stelle sei unumwunden anerkannt und erneut ausdrücklich betont, daß — wie immer man auch die Stellung des Konkursverwalters konstruieren mag — ohne den Grundsatz nicht auszukommen ist, daß die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend sein müssen[2]). Dieser Grundsatz ist auch nie streitig gewesen, sondern von Anhängern wie Gegnern der hier vertretenen sog. „Amtstheorie" in gleicher Weise anerkannt worden[3]).

Diese allgemein anerkannte Tatsache der Wirksamkeit des konkursverwalterlichen Handelns für und gegen den Gemeinschuldner hat nun manche Anhänger der sog. „Vertretungstheorieen" veranlaßt, den dieser Wirkung zugrundeliegenden Tatbestand als Vertretungsmacht d. h. als Befugnis des Konkursverwalters, im Namen des Gemeinschuldners zu handeln, zu betrachten und demgemäß den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners zu bezeichnen. Nur auf diese Weise, meint man, könne die Wirksamkeit des konkursverwalterlichen Handelns für und gegen den Gemeinschuldner erklärt werden, und man zeiht die Anhänger der sog. „Amtstheorie" der Inkonsequenz[4]), weil sie den Grundsatz der Wirksamkeit konkursverwalterlichen Handelns nicht nur als richtig zugäben, sondern sogar betonten, der konkursverwalterlichen Handlungsmacht dagegen die Eigenschaft der Vertretungsmacht absprächen.

Hiergegen ist folgendes zu bemerken:

Einmal gestattet der Umstand, daß ein Handeln Wirkung in fremder Rechtssphäre äußert, lediglich den Schluß, daß diesem Handeln „Handlungsmacht" zugrundeliegt. Keineswegs darf aber allein aus dem Vorhandensein einer solchen Wirkung auf das Vorhandensein gerade von „Vertretungsmacht" geschlossen werden. Denn schon oben[5]) wurde ausdrücklich betont und nachgewiesen, daß das Vorhandensein der Wirkung für sich allein für den Begriff

[1]) Vgl. § 7 S. 21.

[2]) Vgl. RG 29 S. 30 a. E.; Kiehl, Z. 30, S. 292.

[3]) Vgl. RG a. a. O. und Kiehl a. a. O.

[4]) so z. B. Jaeger § 6 n. 5.

[5]) § 6 insbesondere S. 17 f.

des stellvertretenden Handelns völlig bedeutungslos ist, daß das Vorhandensein der Wirkung eines Handelns in fremder Rechtssphäre noch nicht gestattet, in diesem Handeln „stellvertretendes“, in der dem Handelnden zustehenden Handlungsmacht also Vertretungsmacht und in dem Handelnden einen Vertreter zu erblicken.

Sodann ist der Hinweis auf die Vertretungsmacht garnicht geeignet, die Wirksamkeit des konkursverwalterlichen Handelns zu erklären. Denn die Eigenschaft der Wirksamkeit für die Rechtssphäre eines Andern teilt das Handeln des Konkursverwalters mit all den andern im Rechtsleben vorkommenden Arten des Handelns mit Wirkung für fremde Rechtssphären. Wollte man also die Erklärung der Wirksamkeit des konkursverwalterlichen Handelns im Ernst darin erblicken, daß man dies Handeln als „stellvertretendes“ und die dem Konkursverwalter zustehende Handlungsmacht als Vertretungsmacht auffaßt, so dürfte man auch die daraus sich ergebende Folgerung nicht scheuen, jedes Handeln mit Wirkung für fremde Rechtssphären als „stellvertretendes“ und alle Arten von „Handlungsmacht“ als „Vertretungsmacht“ aufzufassen. Dann wären auch die Zustimmung des Berechtigten zu einer Verfügung des Nichtberechtigten, der gute Glaube des Erwerbers beim Erwerb vom Nichteigentümer, das Verwaltungsrecht des Ehemanns und andere Fälle von „Handlungsmacht“ als „Vertretungsmacht“, das Handeln des Nichtberechtigten, des Nichteigentümers, des Ehemannes usw. in diesen Fällen als „stellvertretende“ und diese Person selbst als „Vertreter“ zu bezeichnen. Diese Folgerung dürften aber selbst die ausgesprochensten Anhänger der sog. Vertretungstheorieen nicht ziehen wollen.

Der Hinweis auf die Vertretungsmacht enthält überhaupt keine „Erklärung“, sondern ersetzt nur eine unbekannte Größe durch eine andere. Denn die Vertretungsmacht ist letzten Endes auch weiter nichts als eine — wenn auch besonders qualifizierte [1]) — „Handlungsmacht“. Verlangt man somit für die Wirksamkeit eines auf Grund einer Handlungsmacht erfolgenden Handelns (wie z. B. des konkursverwalterlichen Handelns) noch eine besondere

[1]) Vgl. § 12 S. 53, § 14 S. 63.

Erklärung[1]), so müßte man auch für die Wirkung des auf Grund einer Vertretungsmacht erfolgenden Handelns d. h. eben des stellvertretenden Handelns eine besondere Erklärung folgerichtig verlangen[2]).

Schließlich bedarf es aber u. E. im Rechtsleben überhaupt keiner Erklärung dafür, daß die von dem einen gesetzte Ursache Wirkungen in der Rechtssphäre eines anderen hervorbringt. Denn nicht das Naturgesetz der Kausalität, das in der Naturwelt das Verhältnis von Ursache und Wirkung beherrscht, sondern das Denkgesetz der Motivation vermittelt Ursache und Folge in der Rechtswelt. Und während in der Naturwelt sich stets gleiche bleibende und unter allen Verhältnissen unveränderliche Naturgesetze an bestimmte gegebene Ursachen immer die gleiche Wirkung mit starrer Notwendigkeit knüpfen, bestimmt in der Rechtswelt die Rechtsordnung die Wirkung, die ein bestimmter Tatbestand zur Folge haben soll; aber nicht in unveränderlicher Gleichheit, sondern — fast möchte man sagen „willkürlich" — je nach den verschiedenen Verhältnissen verschieden; bei dem einen Volke, in einem begrenzten Rechtsgebiet anders als in dem andern, zu einer Zeit anders als zur andern. Die Rechtsordnung ist es also, die durch Feststellung des Tatbestandes und durch Bestimmung der Wirkung ihrer Normen den Zusammenhang, die Abhängigkeit zwischen Grund und Folge herstellt und regelt. Schafft somit die Rechtsordnung selbst die Rechtswirkung, indem sie diese als gedachte Folge eines genau vorgezeichneten Tatbestandes eben bestimmt, so gibt es wie für alle Wirkungserscheinungen im Rechtsleben auch für die Tatsache, daß die Handlungen des einen Rechtswirkungen in der Person eines andern äußern, nur die eine Erklärung, daß nämlich die Rechtsordnung diese Wirkung gewollt habe. Während also in der Naturwelt die Frage nach dem Grunde der Wirkung einer bestimmten Ursache auf die Erforschung des vermittelnden Naturgesetzes gerichtet ist, führt die Frage nach dem Grunde der Rechtswirkung eines bestimmten Tatbestandes lediglich zur Feststellung bereits bestehender objektiver Rechtssätze. Der Wille der Rechts-

---

[1]) d. h. ohne sich mit der Erklärung zufrieden zu geben, daß hinsichtlich des Handelnden ein Tatbestand vorliegt, mit dem das objektive Recht direkte Wirkungen für den „Andern" verbindet. Vgl. Rosenberg, S. 123.

[2]) Vgl. Rosenberg, S. 123.

ordnung ist somit die einzige Erklärung jeder Rechtswirkung. Einer weiteren „Erklärung“ und besonderen Rechtfertigung bedarf somit auch weder die Wirkung des auf Grund einer Vertretungsmacht noch die eines sonstigen auf Grund einer Handlungsmacht erfolgenden Handelns [1]).

Aus alledem folgt, daß es nicht nur nicht notwendig [2]), sondern geradezu verwirrend und fehlerhaft ist, die Wirksamkeit des konkursverwalterlichen Handelns für die Rechtssphäre des Gemeinschuldners dadurch erklären zu wollen, daß man die dem Konkursverwalter zustehende Handlungsmacht als Vertretungsmacht auffaßt.

§ 17.

b Die Handlungsmacht des Konkursverwalters als Vertretungsmacht aufzufassen, ist vor allem aber deshalb ausgeschlossen, weil ihr nicht das ausschließliche Interesse des „Andern“ d. h. desjenigen zugrundeliegt, in dessen Rechtssphäre sich die Wirkungen des konkursverwalterlichen Handelns äußern, weil sie nicht zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des „Andern“ dem Konkurverwalter erteilt ist.

Als „Handlungsmacht“ bezeichneten wir jeden Tatbestand, der einem Handeln unmittelbare Wirkung für den Kreis der Rechte und Verbindlichkeiten eines Andern als des Handelnden verleiht [3]). Voraussetzung der Wirksamkeit eines jeden konkursverwalterlichen Handelns ist, daß der wie ein Konkursverwalter Handelnde auch wirklich Konkursverwalter ist; der Tatbestand also, der jedem konkursverwalterlichen Handeln Wirkung verleiht, ist das Innehaben des Konkursverwalteramtes [4]). „Handlungsmacht“ in unserem Sinne ist dieser Tatbestand jedoch nur insoweit, als er für fremde Rechtssphären einem Handeln des Konkurs-

---

1) Vgl. zu diesen Gesamtausführungen Rosenberg S. 113; Kiehl, Z. 30, 294 in der Anmerkung an der Stelle: „Zu 3. Kleinfeller — — —“; Manigk, S. 322.

2) Vgl. RG 29 S. 30, 31, 35; Kiehl, Z. 30, S. 292.

3) Vgl. oben § 7 S. 18 n. 2.

4) Vgl. auch Rosenberg, S. 562, 873; ähnl. Mot. z. KO S. 302: „Die Ernennung des Verwalters durch das Gericht ist deshalb unter allen Umständen erforderlich und die alleinige Quelle seiner Befugnisse.“

verwalters unmittelbare Wirkung verleiht. Dies ist aber der Fall einzig und allein hinsichtlich der gemäß § 6 KO vom Inhaber des Konkursverwalteramtes vorgenommenen Verwaltungs- und Verfügungshandlungen über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners. Lediglich insoweit ist auch das Innehaben des Konkursverwalteramtes „Handlungsmacht" in unserm Sinne.

Welche Grundsätze liegen nun dieser dem Konkursverwalter zustehenden Handlungsmacht zugrunde?

Wie das Institut des Konkursverwalteramtes überhaupt, so ist auch die Ausrüstung dieses Amtes mit dem wichtigen Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners [1]) nur eins der vielen Mittel des Konkurses zur Erreichung des Konkurszwecks. Wie für das gesamte Konkursverfahren und das Institut des Konkursverwalters ist in gleicher Weise auch für die dem Konkursverwalter zustehende Handlungsmacht die Verwirklichung des Konkurszwecks der leitende Grundgedanke [2]). Die Erforschung dieses Zwecks wird also auch die Antwort auf die oben gestellte Frage bringen.

Der Zweck des Konkurses erschöpft sich keineswegs in der ausschließlichen Wahrnehmung der Interessen einer bestimmten Person, wie dies der Fall sein müßte, wollte man die Handlungsmacht des Konkursverwalters als Vertretungsmacht betrachten.

Zweck des Konkurses ist, wie unbestritten feststeht, in erster Reihe die gemeinschaftliche und gleichmäßige Befriedigung aller ihre Ansprüche anmeldender Gläubiger [3]).

Hiernach könnte man sich zunächst versucht fühlen, die dem

---

[1]) oder — was dasselbe bedeutet — die von dem Innehaben dieses Amtes abhängig gemachte Wirksamkeit der Verwaltungs- und Verfügungshandlungen des Konkursverwalters über das zur Masse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners.

[2]) Vgl. Oetker, Grundbegr. I 1891 S. 28.

[3]) arg. § 6 verb. m. § 3 KO; vgl. Mot. z. KO S. 16; Kiehl, Z. 30, 295, 297, 303; Wilmowski Einl. § 3 S. 7 und Titel I Vorbem. n. 1, 2, 3e; vgl. auch Petersen, Sächs. Arch. I, 9 Abs. 2 und Z. 18, S. 26; Peters.-Kleinf. § 6 n. 12 u. 13; Hellmann § 65 S. 632; Lippmann, Jb. f. Dogm. 41, S. 125, 130; Oetker, Grundbegr. I S. 26; Jaeger § 3 n. 41; Sarwey-Bossert § 6 n. 6.

Konkursverwalter zustehende Handlungsmacht als zur Ausübung im ausschließlichen Interesse der Gläubiger erteilt zu denken. Dies wäre aber irrig. Weder zur Ausübung im ausschließlichen Interesse der Konkursgläubiger als Einzelberechtigter noch im ausschließlichen Interesse der Gläubiger als einer Gläubigerschaft ist diese Handlungsmacht erteilt.

α Zur Ausübung im Interesse mehrerer Personen als Einzelberechtigter kann eine Handlungsmacht „ausschließlich" nur dann erteilt sein, wenn die wahrzunehmenden Interessen dieser Personen in jeder Hinsicht gleichgerichtet sind[1]). Dies ist doch aber bei den Konkursgläubigern nicht der Fall. Sind ihre Interessen auch in mancher Hinsicht gleichgerichtete z. B. in Anfechtungsprozessen, so treiben sie in andern Punkten wieder zentrifugal auseinander[2]).

αα Schon aus der in § 102 Abs. 1 KO als Voraussetzung der Eröffnung des Konkursverfahrens bezeichneten Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners ergibt sich die Gegensätzlichkeit der Gläubigerinteressen. Das Interesse jedes Gläubigers ist auf volle Befriedigung gerichtet. Solange das Vermögen des Schuldners zur vollen Befriedigung aller Gläubiger hinreicht, stehen sich die Interessen der Gläubiger auf volle Befriedigung neutral gegenüber. Sobald aber das Vermögen des Schuldners, wie im Konkurse das Vermögen des Gemeinschuldners, zur vollen Befriedigung aller Gläubiger nicht mehr hinreicht, treten die Gläubigerinteressen zu einander in Gegensatz. Denn das auf volle Befriedigung gerichtete Interesse des einen Gläubigers ist mangels zu voller Befriedigung aller Gläubiger ausreichenden Vermögens zugleich darauf gerichtet, daß der andere Gläubiger nicht voll befriedigt werde.

Am deutlichsten offenbart sich die Gegensätzlichkeit der Konkursgläubigerinteressen im Feststellungsverfahren. Hier, wo es sich um Verteilung der Masse unter die Gläubiger handelt, hat jeder Gläubiger notwendig ein lebhaftes Interesse am Ausschluß des andern. Denn der Fortfall jeder Forderung verkleinert den Divisor,

---

1) Vgl. oben § 14 S. 61 Abs. 2.

2) Wilmowski, Tit. I Vorbem. 3d; Kiehl, Z. 30, S. 295; Lippmann, Jb. f. Dogm. 41, S. 204ff.

vergrößert somit, da der Dividendus, die Masse, sich gleichbleibt, den Quotienten d. h. den Anteil des einzelnen nicht ausgeschlossenen Gläubigers. Ihren rechtlichen Ausdruck findet diese Gegensätzlichkeit der Gläubigerinteressen in dem jedem einzelnen Gläubiger gegen jeden einzelnen Gläubiger gegebenen Widerspruchsrecht.

ββ Ergibt schon dieser Interessengegensatz die Unmöglichkeit, die dem Konkursverwalter zustehende Handlungsmacht als zur Ausübung im ausschließlichen Interesse der Gläubiger als Einzelberechtigter erteilt zu denken, so wird dieses Ergebnis durch die als Hauptinhalt des Konkurszwecks bezeichnete Forderung gleichmäßiger Befriedigung aller Konkursgläubiger noch bestätigt.

Das Interesse jedes Gläubigers ist, wie wir sahen, auf volle Befriedigung gerichtet. Da aber einerseits die Masse zu voller Befriedigung aller Gläubiger zu klein ist, andererseits der Konkurszweck gleichmäßige Befriedigung verlangt, so kann kein Einzelgläubiger voll, vielmehr können alle nur verhältnismäßig, anteilsweise befriedigt werden. Jeder Gläubiger muß also, obwohl trotz des Konkurses seine Forderung und damit sein Gläubigerrecht in vollem Umfange bestehen bleibt, für die Verwirklichung seines Rechts auf Befriedigung sich Beschränkungen und Aenderungen gefallen lassen, die aus dem Fehlen eines zur vollen Befriedigung aller Gläubiger ausreichenden Schuldnervermögens und dem gleichen Befriedigungsrecht der andern folgen[1].

Die wichtigsten und allgemeinsten Beschränkungen dieser Art enthalten die §§ 12 und 14 Abs. 1 KO. Sie bestimmen einmal (§ 12), daß Konkursgläubiger ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Masse nur nach Maßgabe der Vorschriften über das Konkursverfahren verfolgen können, und ferner (§ 14 Abs. 1), daß während der Dauer des Konkurses Arreste und Zwangsvollstreckungen zu gunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Masse gehörige noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners stattfinden. — Einen Ausgleich für den Verlust dieser Rechte stellt die Erteilung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts über die Masse an einen unparteiischen Dritten, den Konkursverwalter, dar. Aber nicht zum Zweck voller

[1]) Vgl. v. Wilmowski, Tit. I Vorbem. n. 2.

Befriedigung eines Einzelgläubigers darf der Konkursverwalter diese seine Handlungsmacht gebrauchen, wie es der Fall sein müßte, wenn sie ihm zur Ausübung im ausschließlichen Interesse der Gläubiger als Einzelberechtigter erteilt wäre, sondern wie die in § 3 KO enthaltene Zweckbestimmung der Masse ergibt, nur zum Zweck der gemeinschaftlichen, gleichmäßigen d. h. also anteilsmäßigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger.

Nur im regelmäßigen Rechtsverkehr herrscht das Präventionsprinzip und kraft dieses Prinzips das ausschließliche Interesse des Einzelngläubigers. Ohne jede Rücksicht auf die Befriedigung des später betreibenden Gläubigers erlangt im Wege der Zwangsvollstreckung der früher betreibende Gläubiger volle oder doch größtmögliche Befriedigung. Im Konkurs dagegen ist durch die Bestimmungen der §§ 12 und 14 Abs. 1 KO die Möglichkeit einer Befriedigung mit den Mitteln des regelmäßigen Rechtsverkehrs dem Konkursgläubiger ausdrücklich genommen. Damit ist für den Konkurs auch das jus praeventionis, das Prinzip rücksichtsloser und ausschließlicher Wahrnehmung des Einzelinteresses, beseitigt. Es wird ersetzt durch das im Konkurszweck enthaltene jus paris condicionis[1]), das Prinzip der Wahrnehmung des Gesamtinteresses, welches jedem seine Ansprüche rechtzeitig anmeldenden Gläubiger ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Anmeldung gleiche, wenn auch nur anteilsmäßige Befriedigung gewährt, das Interesse des Einzelnen also nicht ausschließlich, sondern nur insoweit es von den Interessen aller Gläubiger umschlossen wird, berücksichtigt und so das Einzelinteresse dem Gesamtinteresse unterordnet. — Wie in der Naturwelt im Kräfteparallelogramm die eine der aufeinandertreffenden Kräfte die andere nicht zu absorbieren und in ihre Richtung zu zwingen vermag, vielmehr beide Kräfte ihre bisherige Richtung verändern und sich in einer neuen gemeinsamen Richtlinie, der Resultante, vereinen, so kann auch in der Rechtswelt beim Aufeinanderprallen der einander entgegengesetzten aber doch gleichberechtigten Interessen im Konkurs nicht ein Einzelinteresse maßgebend sein. Vielmehr ist für die Rechtsordnung wie bei Schaffung aller Mittel zur Verwirklichung des Konkurszwecks

[1]) Vgl. § 3 KO und Wilmowski, Einl. § 3 S. 7 und besonders Tit. I u. 1 S. 24, Mot. z. KO, S. 53 (52).

auch bei Erteilung der Handlungsmacht an den Konkursverwalter, die seine Handlungen mit bindender Wirkung für den Gemeinschuldner versieht, das Gesamtinteresse aller am Konkurs beteiligten Gläubiger der zunächst leitende Grundgedanke gewesen[1]).

β Diese Erkenntnis könnte den Gedanken nahelegen, der dem Konkursverwalter zustehenden Handlungsmacht läge, wenngleich nicht das ausschließliche Interesse der Gläubiger als Einzelberechtigter, so doch das die einander entgegengesetzten Interessen bis zu einem gewissen — und zwar sehr erheblichen — Grade einigende Gesamtinteresse der Gläubiger d. h. das Interesse der Gläubiger als Gesamtheit, das Interesse einer „Gläubigerschaft" ausschließlich als leitender Gedanke zugrunde.

In diesem Gedanken steckt insofern ein richtiger Kern, als, wie wir selbst zugaben und nachzuweisen uns bemühten, der Handlungsmacht des Konkursverwalters allerdings in erster Reihe und hauptsächlich das Gesamtinteresse der Gläubiger zugrunde liegt. Der Gedanke ist aber irrig, soweit er die Ausschließlichkeit dieses Gesamtinteresses betont. Auch in der Wahrnehmung des Gesamtinteresses der Gläubigerschaft erschöpft sich der Konkurszweck noch keineswegs. Vielmehr hat der Konkursverwalter bei Ausübung seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts neben und unabhängig von dem Gesamtinteresse der Gläubiger, wenngleich erst in zweiter Reihe und nur zum geringsten Teile auch das Interesse des Gemeinschuldners wahrzunehmen[2]).

Wäre die dem Konkursverwalter zustehende Handlungsmacht zur Ausübung im ausschließlichen Interesse der Gläubiger als Gesamtheit erteilt, so wäre der Gläubigerschaft auf das Handeln des Konkursverwalters bei Ausübung seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts ein weit größerer Einfluß eingeräumt worden d. h. die Handlungsmacht des Konkursverwalters wäre erheblich zugunsten der Gläubiger eingeschränkt worden. Denn — vorausgesetzt, daß eine Handlungsmacht überhaupt zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des „Andern" erteilt, also Vertretungs-

---

[1]) Vgl. zu diesen Gesamtausführungen Mot. z. KO, S. 14 a. E., 15, 17 a. E., 18, 46—48, 50; Oetker, Grundbegr. I § 14, Eingangsworte.

[2]) Vgl. Mot. z. KO, S. 303; RG 29, S. 36; Endemann S. 2.

macht ist — pflegt, wie schon oben[1]) durch Gegenüberstellung der Bestimmungen über die Geschäftsunfähigen und die beschränkt Geschäftsfähigen nachzuweisen versucht wurde, der Fähigkeit des „Andern", in diesem Falle des Vertretenen, einen seinem Interesse dienlichen Willen zu bilden, die Berücksichtigung dieses Willens durch die Rechtsordnung zu entsprechen, oder, was dasselbe bedeutet: Je größer die Fähigkeit des „Andern" zu selbständiger, interessedienlicher Willensbildung, desto größer die Einschränkung der Handlungsmacht: Fähigkeit des „Andern" und Einschränkung des Handelnden sind proportional[2]). Nun sind die Konkursgläubiger im Gegensatz zu den Personen, zur Ausübung in deren ausschließlichem Interesse sonst, wie nachgewiesen, eine Handlungsmacht erteilt zu werden pflegt, im Gegensatz zum Kind, zum Mündel, zum Pflegebefohlenen nicht nur voll geschäftsfähig, sondern auch zur Wahrnehmung ihrer Interessen und zur Bildung eines ihren Interessen dienlichen Willens im höchsten Grade selbst befähigt[3]). Entspricht aber dieser Fähigkeit eine zugunsten der Gläubiger getroffene Einschränkung der konkursverwalterlichen Handlungsmacht? Ist eine solche Einschänkung überhaupt vorhanden? Keineswegs. Zwar hat der Konkursverwalter zu den in den §§ 133, 134 KO genannten Rechtshandlungen die Genehmigung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung einzuholen, jedoch sind unbefugte Rechtshandlungen des Verwalters d. h. solche, die er selbständig unter Ueberschreitung der Bestimmungen der §§ 133, 134 vornimmt[4]), nicht etwa nichtig wie die vom Vater oder Vormund für das Kind oder den Mündel vorgenommenen Rechtshandlungen des § 1795 BGB oder nur schwebend wirksam wie gewisse ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vom Vater oder Vormund für das Kind oder den Mündel vorgenommene Rechtshandlungen[5]), sondern laut ausdrücklicher Vorschrift des § 136 KO vollwirksam. Von einer „Beschränkung" der konkursverwalterlichen Handlungsmacht kann

---

1) § 10 S. 30, 31 insbesondere 31.

2) immer vorausgesetzt natürlich, daß der fraglichen Handlungsmacht überhaupt das ausschließliche Interesse des „Andern" nach dem Willen der Rechtsordnung zugrundeliegt.

3) Vgl. Mot. S. 309 Abs. 2 Satz 2.

4) Vgl. v. Wilmowski § 136 n. 1.

5) §§ 1643, 1821, 1822 BGB.

somit keine Rede sein, vielmehr begründen jene Vorschriften lediglich eine Verantwortlichkeit des Verwalters im Innenverhältnis den Gläubigern gegenüber [1]. Diese Bestimmungen sind umsoweniger geeignet, die konkursverwalterliche Handlungsmacht als zur Ausübung im ausschließlichen Interesse der Gläubigerschaft erteilt erscheinen zu lassen, als im § 135 KO ähnliche, wenn auch noch weniger einschränkende Vorschriften, wie die Motive ausdrücklich betonen [2], im Interesse und zum Schutze des Gemeinschuldners sowie zur Erhöhung der Verantwortlichkeit des Konkursverwalters dem Gemeinschuldner gegenüber gegeben sind.

Anstatt den Konkursverwalter in seiner Handlungsmacht den Gläubigern gegenüber noch erheblich mehr als den Vater in seiner Vertretungsmacht gegenüber dem Kinde, den Vormund gegenüber dem Mündel usw. einzuschränken, zeigt sich in der Konkursordnung vielmehr das Bestreben, die Stellung des Konkursverwalters tunlichst unabhängig von den Gläubigern zu gestalten [3]. Zum Beleg hierfür seien die Bestimmungen der §§ 78, 80 Satz 2, 82, 83, 85 Abs. 1 Satz 2, 86 Satz 3 KO herausgegriffen.

Um den Gläubigern die Möglichkeit zu entziehen, eine lediglich auf das Gläubigerinteresse bedachte Person zum Konkursverwalter und damit den Konkursverwalter zu einem gefügigen Werkzeug ihrer Wünsche zu machen, überträgt die Rechtsordnung die Ernennung des Verwalters dem Konkursgericht (§ 78) und gestattet ihm, einer statt des Ersternannten von den Gläubigern gewählten anderen Person die Ernennung zu versagen (§ 80 Satz 2). Allen Beteiligten d. h. nicht nur den Gläubigern sondern auch dem Gemeinschuldner gegenüber macht die Konkursordnung für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten den Konkursverwalter verantwortlich. (§ 82) [4]. Dem Konkursgericht steht die Aufsicht über den Verwalter zu (§ 83), nicht der Gläubigerschaft, wie es folgerichtig wäre, wenn der Konkursverwalter ein im ausschließlichen

[1] Vgl. Mot. z. KO, S. 356; v. Wilmowski § 136 n. 1.

[2] S. 356, 357.

[3] Vgl. Mot. S. 34, 302, 303.

[4] Vgl. v. Wilmowski § 82 n. 2.

Interesse der Gläubigerschaft geschaffenes Organ wäre [1]). Ebenso wie den Gläubigern steht dem Gemeinschuldner das Recht zu, gegen die von dem Konkursverwalter bei der Beendigung seines Amtes zu legende Schlußrechnung Einwendungen zu erheben (§ 86 Satz 3). Schließlich — und diese Vorschrift ist besonders kennzeichnend — überträgt die Konkursordnung die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung des Verwalters ebenfalls dem Konkursgericht und nicht etwa den Gläubigern (§ 85 Abs. 1 Satz 2); offenbar doch nur aus dem Grunde, weil ein Verwalter, dessen Honorar die Gläubiger und nur sie allein festsetzen, durch die Erwartung auf höhere oder durch Furcht vor niedrigerer Vergütung nur allzu leicht sich bestimmen lassen könnte, seine Handlungsmacht einseitig und ausschließlich im Interesse einer „Gläubigerschaft" zu gebrauchen, weil „ein Paktieren des Verwalters mit dem Gläubigerausschusse leicht die unabhängige Stellung des ersteren beeinträchtigen möchte [2])."

Der Grund aber für die durch alle diese Bestimmungen erstrebte und gewährleistete Unabhängigkeit des Konkursverwalters ist, wie die Motive ausdrücklich betonen, das Interesse aller Beteiligten, nicht nur das der Gläubiger, sondern auch das des Gemeinschuldners [3]).

γ Aber selbst wenn als richtig unterstellt würde, was wir im Vorangegangenen als ausgeschlossen nachgewiesen zu haben glauben, daß nämlich dem Konkursverwalter die ihm zustehende Handlungsmacht zur Ausübung im ausschließlichen Interesse der Gläubiger seis nun als Einzelberechtigter oder als Gesamtheit erteilt ist, so dürfte dennoch nimmermehr die Handlungsmacht des Konkursverwalters als Vertretungsmacht angesprochen werden. Denn nicht die im ausschließlichen Interesse einer beliebigen Person erteilte Handlungsmacht, sondern nur die zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des „Andern" erteilte Handlungsmacht ist,

---

1) daß auch der Vormund der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts untersteht, widerspricht dem nicht. Denn der Mündel ist geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, die Gläubiger aber sind voll geschäftsfähig.

2) Mot. z. KO S. 307.

3) Vgl. Mot. z. KO S. 302, 303 a. A., 307.

wie stets betont wurde[1]), Vertretungsmacht[2]). Der „Andere" d. h. derjenige, in dessen Rechtssphäre sich die Wirkungen der vom Konkursverwalter kraft seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts vorgenommenen Handlungen äußern, ist aber zweifellos weder der Einzelgläubiger noch eine „Gläubigerschaft"[3]), sondern einzig und allein der Gemeinschuldner. Sein Vermögen, die Gesamtheit seiner Rechte und Verbindlichkeiten ist es, über die der Konkursverwalter kraft des ihm zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechts verfügt. Daß aber dem Konkursverwalter die ihm zustehende Handlungsmacht zu allerletzt zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des Gemeinschuldners erteilt ist, ergibt sich aus der oben betonten und allgemein anerkannten Tatsache, daß, wenn überhaupt der Handlungsmacht des Konkursverwalters das ausschließliche Interesse einer Privatperson zugrunde liegt, in erster Reihe und das bedeutet einzig und allein das Interesse der Gläubiger in Frage kommen könne[4]) [5]).

δ Liegt somit der dem Konkursverwalter zustehenden Handlungsmacht überhaupt nicht das Interesse einer Privatperson ausschließlich zugrunde, dann bleibt nur die eine Möglichkeit, diese Handlungsmacht, entsprechend der Stellung des Konkursverwalters als eines im öffentlichen Interesse geschaffenen Organs, ausschließlich zur Ausübung im öffentlichen Interesse erteilt zu denken.

---

[1]) Vgl. §§ 12, 13 am Anfang verbunden mit S. 18 n. 2 und andere Stellen.

[2]) Ist doch auch in allen Fällen unzweifelhaft anerkannter gesetzlicher Vertretungsmacht (bei der des Vaters, des Vormunds, des Pflegers) diese Macht nicht zur Ausübung im ausschließlichen Interesse eines beliebigen Dritten, sondern zur Ausübung im ausschließlichen Interesse gerade des Vertretenen d. h. eben desjenigen erteilt, dessen Rechtssphäre von den Wirkungen des stellvertretenden Handelns getroffen wird.

Vgl. oben § 9 S. 26 ff. § 13 S. 55 f.

[3]) Ganz abgesehen davon, daß der Begriff „Gläubigerschaft" jeder rechtlichen Gestaltung entbehrt. Vgl. unten § 20 S. 95 f.

[4]) Vgl. oben S. 74 f. und unten § 21 S. 101 ff.

[5]) Weitere Gründe, die dagegen sprechen, daß dem Institut des Konkursverwalters und damit auch der ihm zustehenden Handlungsmacht das ausschließliche Interesse des Gemeinschuldners zugrunde liege, vgl. unten § 21 S. 102 n. 6.

Wie das Institut des Konkursverwalteramtes überhaupt ist auch die Ausrüstung dieses Amtes mit dem wichtigen Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners nur eines der verschiedenen Mittel, welche die Rechtsordnung zur Erreichung des Konkurszwecks geschaffen hat[1]). Daß dieser Zweck möglichst schnell erreicht und damit der Konkurs möglichst schnell beendet werde, liegt vor allem aber im öffentlichen Interesse[2]). Denn die Hemmung des Rechtsverkehrs, die durch die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners hervorgerufen wird, bleibt nicht immmer auf den kleinen Kreis der Nächstbeteiligten beschränkt. Wie die Kraft, die eine in Ruhe befindliche glatte Wasserfläche auch nur in einem Punkte aus ihrer Ruhe bringt, infolge des Zusammenhangs der Wassermoleküle nach dem Gesetz der Wellenbewegung weitere und immer weitere Kreise der Wasserfläche beunruhigt, so zieht infolge des in unserm modernen Wirtschaftsleben zwischen den einzelnen Wirtschaften bestehenden engen Zusammenhangs der Konkurs eines einzelnen Wirtschaftsgliedes nur zu leicht weitere und immer weitere Kreise von Wirtschaften oft in unabsehbarer Ausdehnung in Mitleidenschaft. Ja, nicht selten hat der Zusammenbruch eines bedeutenderen Wirtschaftsgliedes innerhalb einer Wirtschaftsgemeinschaft geradezu eine wirtschaftliche Krise d. h. die Erkrankung der Wirtschaftsgemeinschaft selbst zur Folge. Diese dem allgemeinen Verkehr und dem Kredit drohenden Folgen der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners lassen mehr noch als die nächstbeteiligten Gläubiger oder gar den Gemeinschuldner die Allgemeinheit an einer möglichst schnellen, umfassenden und endgültigen Beseitigung des jene Folgen verursachenden Uebels interessiert erscheinen.

Zwar gegen die Folgen der Ueberschuldung ist die Rechtsordnung in der Regel machtlos. Fehlende Zahlungsmittel vermag sie nicht zu beschaffen, wohl aber vermag sie dadurch, daß sie das noch vorhandene Aktivvermögen des Gemeinschuldners zur Befriedigung der Gläubiger sicherstellt und nach gerechter Ordnung unter sie verteilt, im günstigsten Falle sogar das erkrankte Glied

---

1) Vgl. oben S. 74.

2) Vgl. auch Oetker, Grundbegr. I S. 265.

selbst zu heilen (sanieren) oder aber zum mindesten der Erkrankung der gesamten Wirtschaftsgemeinschaft vorzubeugen[1]. Wollte nun die Rechtsordnung die Beseitigung des die Interessen der Allgemeinheit gefährdenden Uebels den Gläubigern überlassen d. h. die Befriedigung der Gläubiger aus der Masse uneingeschränkt diesen selbst überlassen, so würde es infolge des heftigen Widerstreits der aufeinander prallenden Einzelinteressen[2] unausbleiblich zu einer Menge von Rechtsverletzungen und Streitigkeiten, zu einer Fülle von Reibungen kommen. Diese Reibungen würden notwendig die Befriedigung der Gläubiger d. h. die Verwirklichung des Konkurszwecks und damit die Beendigung des Konkurses d. h. die Beseitigung des das Allgemeininteresse gefährdenden Uebels verzögern. Diese Reibungen müßten ferner die regelmäßig durch den Konkurs ohnehin geschädigten Gläubiger wirtschaftlich noch mehr schwächen. Je größer aber die die Ruhe des Wasserspiegels störende Kraft, desto ausgedehnter die Wellenkreise; je schlimmer die Schwächung der Gläubiger im Konkurs, desto intensiver die Störung des Wirtschaftslebens, desto ausgedehnter der Kreis der durch den Konkurs in Mitleidenschaft gezogenen Wirtschaften, desto erheblicher die Gefahr für die Gesamtheit der Wirtschaften, die Wirtschaftsgemeinschaft.

Um den durch solche Reibungen der Einzelinteressen bedingten und die Interessen der Allgemeinheit gefährdenden Zeit- und Kraftverlust zu vermeiden, muß die Rechtsordnung einmal dem Einzelgläubiger die Befriedigungsmöglichkeit im Wege der vom Präventionsprinzip beherrschten Einzelexekutionen[3] versagen, sodann aber vor allem das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Objekt, aus dem die Konkursgläubiger mit ihren widerstrebenden Einzelinteressen ihre Befriedigung erwarten, einen über den Parteien und ihren Einzelinteressen stehenden und deshalb möglichst unabhängigen Dritten, den Konkursverwalter ausüben lassen[4]).

---

1) Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 19f.
2) Vgl. oben S. 75f.
3) Vgl. oben S. 76, 77.
4) Vgl. hierzu auch Kiehl, Z. 30, S. 293 n. 5 „zu 1".

Weder zur Ausübung im ausschließlichen Interesse der Gläubiger noch gar zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des Gemeinschuldners ist also dem Konkursverwalter die ihm zustehende Handlungsmacht erteilt. Vielmehr werden diese Privatinteressen nur berücksichtigt, weil und soweit das allgemeine Interesse des Verkehrs und der Schutz des Kredits, der das Lebenselement des Verkehrs bildet, ihre Berücksichtigung erfordern[1]). Nicht um ihrer selbst willen hat der Konkursverwalter Gläubiger- oder gar Gemeinschuldnerinteressen wahrzunehmen und hierfür seine Handlungsmacht zu verwenden, sondern nur weil und soweit diese Interessen von der ihm im öffentlichen Interesse gestellten Aufgabe umschlossen werden. Das öffentliche Interesse allein ist somit der dieser Handlungsmacht sowohl hinsichtlich ihrer Erteilung als ihrer Verwendung zugrundeliegende leitende Gedanke.

c Die Handlungsmacht des Konkursverwalters d. h. der Tatbestand, der dem Handeln des Verwalters unmittelbare Wirkung für die Rechtssphäre des Gemeinschuldners verleiht, ist, wie bereits festgestellt, das Innehaben des Konkursverwalteramtes[2]). Dieses Innehaben des Amtes ist aber ein Tatbestand, aus dem der Wille des „Andern“ d. h. des Gemeinschuldners[3]) als unmittelbares Tatbestandsmerkmal völlig ausgeschaltet ist. Nicht die geringste unmittelbare Beeinflussungsmöglichkeit durch den Willen des Gemeinschuldners ist diesem Tatbestande gegenüber gegeben. Eine besondere Beziehung besteht auf Grund des Innehabens des Amtes zwischen Konkursverwalter und Gemeinschuldner, auf die des Gemeinschuldners Wille in keiner Weise, weder ihrem Beginn noch ihrem Inhalt noch ihrem Ende nach von unmittelbarem Einfluß ist. Vielmehr wird der Tatbestand der Innehabung des Konkursverwalteramtes und die auf ihm beruhende Beziehung zwischen Konkursverwalter und Gemeinschuldner völlig unabhängig vom Willen des Gemeinschuldners unmittelbar durch die Anordnung einer zur Ausführung des Gesetzes berufenen Behörde, des Konkursgerichts[4]), geschaffen.

---

1) Vgl. hierzu auch Endemann, S. 2.

2) Vgl. oben S. 73 f.

3) Vgl. oben S. 82.

4) § 78 Abs. 1 KO.

Diese Unabhängigkeit von dem Willen des „Andern“ hat die Anhänger der Vertretungstheorieen zu dem Irrtum geführt, die Handlungsmacht des Konkursverwalters als gesetzliche Vertretungsmacht und den Konkursverwalter als den gesetzlichen Vertreter eines bestimmten Rechtssubjekts, vor allem des Gemeinschuldners zu betrachten.

Nun liegt aber, wie in diesem Paragraphen [1]) nachzuweisen versucht wurde, der Handlungsmacht des Konkursverwalters überhaupt nicht das ausschließliche Interesse eines bestimmten Rechtssubjekts, am allerwenigsten das ausschließliche Interesse des „Andern“, des Gemeinschuldners, zugrunde. Vielmehr war festzustellen, daß die Handlungsmacht dem Verwalter zur Ausübung ausschließlich im öffentlichen Interesse, zur Verwirklichung des Konkurszwecks, also zur Durchführung einer bestimmten, dem Verwalter im allgemeinen — jedenfalls nicht auf eine bestimmte Person beschränkten — Interesse gestellten Aufgabe erteilt ist [2]).

Eine Handlungsmacht aber, aus der einmal der Wille des „Andern“ als unmittelbares Tatbestandsmerkmal völlig ausgeschaltet ist, der ferner nicht das ausschließliche Interesse des „Andern“ zugrundeliegt, darf niemals, wie oben festgestellt wurde [3]), als gesetzliche Vertretungmacht, sondern nur als „Verfügungsmacht“ in dem oben erläuterten Sinne [4]) und ihr Inhaber niemals als gesetzlicher Vertreter, sondern nur als „Verfüger über fremde Rechte“, als „Repräsentant“ angesehen werden. Hiernach ist auch die dem Konkursverwalter zustehende Handlungsmacht nicht gesetzliche Vertretungsmacht d. h. unmittelbar auf gesetzlicher Anordnung beruhende Befugnis, im Namen des Andern zu handeln, sondern vielmehr ein Fall — und zwar ein ganz typischer Fall — der „Verfügungsmacht“ d. h. unmittelbar auf gesetzlicher Anordnung beruhender Befugnis, im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts mit Wirkung für die Rechtssphäre eines Andern zu handeln [5]). Der Konkursverwalter ist

[1]) S. 73—85.

[2]) Vgl. dazu oben S. 83—85 und § 13 S. 54.

[3]) § 13 S. 54.

[4]) Vgl. § 13.

[5]) Vgl. oben § 13 S. 55 f.

demnach auch nicht gesetzlicher Vertreter, sondern „Repräsentant", „Verfüger über fremde Rechte".

§ 18.

3. Die Untersuchung des konkursverwalterlichen Handelns ergab, daß der Verwalter nicht im fremden, sondern im eigenen Namen handelt und daß demnach sein Handeln nicht als „stellvertretendes" zu betrachten ist[1]). Dieses Ergebnis gestattete infolge der zwischen stellvertretendem Handeln und Vertretungsmacht bestehenden Wechselbeziehung[2]) schon v o r Eintritt in die Untersuchung der konkursverwalterlichen Handlungsmacht den Schluß, daß auch der dem Handeln des Verwalters Wirkung für die Rechtssphäre des Gemeinschuldners verleihende Tatbestand nicht „Vertretungsmacht" sei[3]). -- Dasselbe Ergebnis hat nunmehr auch die selbständig und unabhängig von dem Handeln des Verwalters geführte Untersuchung seiner Handlungsmacht auf ihre Eigenschaft als Vertretungsmacht hin gezeitigt und damit das aus der Untersuchung des Handelns nur mittelbar gewonnene Ergebnis unmittelbar bestätigt. Umgekehrt ist das unmittelbar gewonnene Ergebnis, daß die Handlungsmacht des Konkursverwalters nicht Vertretungsmacht ist, ein mittelbarer Beweis dafür, daß sein Handeln kein stellvertretendes sein kann[4]).

Auf Grund dieser beiden von einander unabhängig geführten, in ihrem Ergebnis dennoch sich bestätigenden Untersuchungen tragen wir nicht das geringste Bedenken mehr, dem Handeln des Konkursverwalters die Eigenschaft des stellvertretenden Handelns, seiner Handlungsmacht die Eigenschaft der Vertretungsmacht und damit dem Konkursverwalter selbst jegliche Vertreterstellung nach bürgerlichem Recht abzusprechen. Diese Folgerung zu ziehen würden wir selbst dann nicht scheuen, wenn das Gesetz in Bezug auf den Konkursverwalter an dieser oder jener Stelle den Aus-

---

1) oben § 15.
2) oben § 7 S. 19 f.
3) oben § 16 S. 69.
4) Vgl. hierzu nochmals die Ausführungen im § 7 insbesondere S. 19 f.

druck „Vertreter" angewendet hätte[1]). Daß das Gesetz dies nicht getan, den Ausdruck „Vertreter" bezüglich des Verwalters vielmehr sorgfältig vermieden hat, ist eine weitere Bestätigung für die Richtigkeit unserer Auffassung. Denn mit Lippmann[2]) sind wir der Meinung, daß die Auffassung, der Konkursverwalter sei Vertreter, ganz besonderer gesetzlicher Sanktion bedürft hätte, da die Rechtsordnung in anderen viel weniger oder sogar überhaupt nicht zweifelhaften Fällen das Vorhandensein von Stellvertretung durch besondere gesetzliche Vorschrift hervorzuheben pflegt. So ordnet § 1793 BGB ausdrücklich eine gesetzliche Vertretung des Mündels an. § 78 ZPO spricht ausdrücklich aus, daß der Anwalt die Partei „vertrete" und nach § 149 HGB hat der Liquidator innerhalb seines Geschäftskreises die Gesellschaft „gerichtlich und außergerichtlich" zu vertreten. Bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder der Anordnung der Nachlaßverwaltung (BGB § 1978) gilt der Erbe den Nachlaßgläubigern gegenüber vor Antritt der Erbschaft als negotiorum gestor, nach ihrem Antritt als Beauftragter. In andern Fällen haben die Motive ausdrücklich auf die Zulässigkeit sinngemäßer Anwendung schuldrechtlicher Verhältnisse hingewiesen. Um wieviel nötiger wäre nun nicht eine ausdrückliche Sanktion eines solchen Vertretungsverhältnisses gewesen, wo, wie in unserm Falle gerechte Zweifel sogar über die Person desjenigen bestehen können, den der Konkursverwalter zu vertreten habe«[3]).

Ist aber das Handeln des Konkursverwalters im allgemeinen kein stellvertretendes, da der Verwalter im eigenen und nicht im fremden Namen handelt, so wird mangels bestimmter Anhaltspunkte folgerichtig nicht gut behauptet werden können, daß gerade seine Prozeßführung, gerade dieser eine Teil seines allgemeinen Handelns im Namen eines bestimmten Subjekts

[1]) So stehen wir auch nicht an, dem Grundstückspfleger die Vertretereigenschaft abzusprechen, obwohl auch er in den §§ 58, 787 ZPO „Vertreter" genannt wird. Sein Handeln ist aber kein „stellvertretendes", da das bestimmte Rechtssubjekt fehlt, in dessen Namen er handeln müßte. Vgl. oben § 5 S. 15. Gleicher Ansicht Fischer in Fischer-Henle vor § 164 und Gaupp-Stein 06 § 58 II.

[2]) Jb. f. Dogm. 41 S. 119.

[3]) Lippmann a. a. O. S. 120; RG 29 S. 30.

erfolge, also „stellvertretendes Handeln“ sei. Und stellt sich das auf dem Innehaben des Amtes beruhende Verwaltungs- und Verfügungsrecht nicht als „Vertretungsmacht“, sondern als „Verfügungsmacht“ in dem oben erläuterten Sinne dar, so wird nicht behauptet werden dürfen, daß gerade ein bestimmter Teil dieser Handlungsmacht, die Befugnis zur Prozeßführung[1]) „Vertretungsmacht“ sei. Zusammenfassend: Stellt sich der Konkursverwalter nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts d. h. materiell rechtlich[2]) nicht als „gesetzlicher Vertreter“ dar, so darf er auch nicht im Prozeß als „gesetzlicher Vertreter“ betrachtet werden. Dies ist, da der Konkursverwalter — wenn er überhaupt als Vertreter in Frage kommt — nur als gesetzlicher Vertreter in Frage kommen kann[3]), vor allem im Hinblick auf die ausdrückliche Vorschrift des § 51 ZPO ausgeschlossen, die bezüglich der gesetzlichen Vertretung im Prozeß grundsätzlich auf die Vorschriften des bürgerlichen d. h. des materiellen Rechts verweist. Ist aber der Konkursverwalter in den durch ihn geführten Prozessen nicht gesetzlicher Vertreter, was wir hiernach als erwiesen betrachten, so ist damit zugleich gemäß der eingangs der Arbeit[4]) aufgestellten Alternative „gesetzlicher Vertreter oder Partei“, wenn auch nur mittelbar, so doch nicht minder zwingend erwiesen, daß der **Konkursverwalter selbst Partei** sein **muß.**

§ 19.

B. Obwohl damit die den Gegenstand dieser Arbeit bildende Frage bereits ihre Beantwortung gefunden hat, soll, um diese Frage noch umfassender und erschöpfender zu behandeln und das Ergebnis einwandsfreier und zwingender zu gestalten, im folgenden die Stellung des Konkursverwalters in den durch ihn geführten Prozessen noch besonders untersucht werden[5]). Diese Untersuchung wird gleichzeitig Gelegenheit geben, die wichtigsten der

---

[1]) Vgl. Struckmann-Koch, § 51 n. 2 S. 54.

[2]) Vgl. Struckmann-Koch, § 51 n. 1 S. 54.

[3]) Vgl. oben § 2 n. 2 S. 4.

[4]) § 2.

[5]) was ja von vornherein in Aussicht genommen war (vgl. oben § 2 S. 5 letzter Absatz).

sog. Vertretungstheorieen zu besprechen und in ihrer Unhaltbarkeit darzutun. Lediglich aus Gründen zweckdienlicherer Anordnung wird daher im folgenden darauf verzichtet werden, Handeln und Handlungsmacht des Konkursverwalters wie bisher streng getrennt zu betrachten. Vielmehr wird die folgende Darstellung sich nach den einzelnen Theorieen gliedern, jede auf ihre Richtigkeit einzeln prüfen und die Gründe zu ihrer Ablehnung — je nach Bedürfnis — bald dem Handeln des Konkursverwalters bald seiner Handlungsmacht oder auch sonstigen, bisher aber nicht berücksichtigten Umständen entnehmen. Selbstverständlich liegen auch der folgenden Untersuchung die allgemeinen oben festgestellten Begriffe des „stellvertretenden Handelns" und der „Vertretungsmacht" zugrunde[1]).

1. Die früher weit verbreitete Ansicht, der Konkursverwalter sei gesetzlicher Vertreter der Konkursmasse, als eines mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Zweckvermögens, und dieses die durch den Konkursverwalter vertretene Partei, hat jetzt nur noch wenige Anhänger[2]). Sie ist abzulehnen, weil anerkanntermaßen[3]) trotz Eröffnung des Konkurses der Gemeinschuldner Eigentümer der Masse bleibt. Dies ergibt sich aus der Fassung des § 6 KO, nach welchem der Gemeinschuldner die Befugnis, über „sein" zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen, verliert[4]). Damit ist die Masse als Rechtsobjekt charakterisiert, kann also nach der oben[5]) aufgestellten Begriffsbestimmung des

---

[1]) denn nur, um diese Begriffe auch für die nun folgende Untersuchung verwerten zu können, bemühten wir uns, nachzuweisen (oben § 4), daß diese Begriffe einheitlich, in gleicher Weise für die Vertretung des Zivilrechts wie für die des Prozeßrechts maßgeblich bestimmbar seien, und gaben ihnen eine ihre doppelte Verwendbarkeit ermöglichende weite Fassung.

[2]) Hellwig, Lehrb. I, 295 f. verb. m. 310; v. Völderndorff, Vorbem. III zum 3. Titel S. 41 und Anm. h zu § 5 KO I S. 127; Stieglitz § 5 Ziff. IV S. 40 f.; ähnlich Meißner, Einleitung und Anm. 15.

[3]) Jaeger § 1 Anm. 51; v. Wilmowski § 6 n. 2; Hellmann, § 65 S. 632; Sarwey-Bossert, § 6 n. 4 S. 65 oben; Petersen-Kleinf. § 6 n. 3, 5; Petersen Z. 9 S. 24.

[4]) vgl. ferner § 14 Abs. 1 KO „das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners" RG v. 15. III 1880, Bd. I S. 389.

[5]) § 5.

„stellvertretenden Handelns“, die nur die Vertretung von Rechtssubjekten anerkennt, nicht vertreten werden[1]).

Auch ist es nicht angängig, der Masse als einem subjektlosen Zweckvermögen analog der Stiftung juristische Persönlichkeit verleihen zu wollen; ganz abgesehen davon, daß die Bestimmungen des BGB §§ 80—88 über die Stiftung einer Anwendung auf die Konkursmasse durchaus widerstreben[2]) und die Masse, wie erwähnt, im Gemeinschuldner in der Tat ein Subjekt hat, fehlt es der Konkursmasse auch an einer die Verleihung der juristischen Persönlichkeit rechtfertigenden selbständigen Zweckbestimmung. Weil der Zweck der Stiftung begriffsmäßig ein dauernder ist und das diesem Zweck dienende und ihn selbsttätig verwirklichende Vermögen infolgedessen dauernd erhalten bleiben soll, erhält es Rechtsfähigkeit und zu seiner Lebensbetätigung ein eigenes Organ. Der Zweck der Konkursmasse dagegen ist ein durchaus vorübergehender, lediglich auf Befriedigung der Gläubiger gerichteter (§ 3 KO), in dessen Erfüllung das Vermögen gerade verbraucht werden soll. Von einer gesetzlichen Vertretung der Masse als Partei in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen kann demnach nicht die Rede sein. Vermögensmassen, die das Privatrecht nicht als juristische Personen anerkennt, dürfen auch für den Prozeß im Vermögensrechte nicht als Parteien zugelassen werden[3]).

§ 20.

2. Weiterhin wird von namhaften Schriftstellern die Ansicht vertreten, der Konkursverwalter sei gesetzlicher Vertreter der

---

[1]) Ebenso Jaeger, § 1 n. 51, § 6 n. 9; Lippmann, Jahrb. f. Dogm. 41, S. 115; Wilmowski, Tit. I Vorbem. 2 S. 25; Petersen Z. 9 S. 25 f. Jaeger in seinen Ausführungen gegen Hellwig, in der DJZ 1908 Nr. 22 Sp. 1269: „Den Ausschlag gibt, daß die Konkursmasse im Gemeinschuldner einen bestimmten gegenwärtigen Rechtsträger hat.“ RG 29, S. 36; unbefriedigend auch die Konstruktion Hellwigs, der die Masse anscheinend bald als Rechtssubjekt, bald als Rechtsobjekt behandelt wissen will (Anspr. S. 236 ff. S. 244). Eingehende Widerlegung Kiehl, Z. 30 S. 299 f. Aehnlich Weismann, S. 76. Vgl. auch oben § 5 S. 14 n. 3—5.

[2]) Schott, S. 64 n. 10.

[3]) Fischer, Pr. Pr. § 128 S. 704; Gaupp-Stein 1906, vor § 50 Ic: „abzulehnen ist ferner die Personifikation des einer solchen Verwaltung unterstellten Sondervermögens z. B. der Konkursmasse u. a. m.“ Vgl. Kiehl gegen Lippmann, Z. 30, S. 296 ff.

Gläubigerschaft[1]) oder der Gesamtheit der einzelnen Konkursgläubiger[2]) und diese die durch den Konkursverwalter vertretene Partei.

a α Hiervon kann zunächst hinsichtlich der auf die Masse bezüglichen Prozesse von vornherein deshalb nicht die Rede sein, weil die Rechte und Pflichten, über die der Konkursverwalter kraft seiner Dispositionsbefugnis in diesen Prozessen verfügt, Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners, nicht der Gläubiger sind. Ausschließlich des Gemeinschuldners Rechtssphäre, nicht die der Gläubiger trifft somit das Handeln des Konkursverwalters in diesen Prozessen. Der Gemeinschuldner ist somit der „Andere“[3]), nicht aber die Gläubiger. Nur der Gemeinschuldner könnte also auch in diesen Prozessen als Vertretener in Frage kommen, nimmermehr die Gläubiger. Daher haben die Anhänger dieser Theorie, um die Annahme der Gläubigervertretung halten zu können, so Seuffert[4]), Kohler[5]), v. Auffeß[6]) und Hellmann[7]) ein eigenes dingliches Recht der Gläubiger an der Masse zu konstruieren versucht, das den Gläubigern die Befugnis verschaffe, die dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte zum Zwecke ihrer Befriedigung in eigenem Namen geltend zu machen. Ein Recht, das von ihnen als pfandrechtartiges Recht oder geradezu als Pfandrecht, von Kohler als „Beschlagsrecht“ bezeichnet wird. Dieses Recht übe der Konkursverwalter in den durch ihn geführten, auf die Masse bezüglichen Prozessen in Vertretung der Gläubiger aus.

Muß es schon auffallen, daß die voll geschäfts- und prozeßfähigen Gläubiger genötigt sein sollen, ihre Prozesse durch einen

---

1) v. Canstein, Grünhut 9 S. 165 ff.; Kohler, Lehrbuch, S. 399 ff.; Seuffert, KPrR § 25 S. 151 f., Dogmatik § 7 S. 89; v. Auffeß, § 8 S. 25.

2) Hellmann, § 65 S. 632.

3) Vgl. oben § 7 S. 18 u. 2 und § 17 S. 81, 82.

4) Seuffert, KPrR. § 25 S. 151 f., Dogmatik § 7 S. 89, § 14 S. 176.

5) Lehrbuch § 22 S. 99 f.

6) Konkursrecht und Konkursverfahren, § 8 S. 25.

7) Lehrb. § 65 S. 625. Mit Ausnahme Hellmanns, der im Konkursverwalter den Vertreter der einzelnen Gläubiger sieht, (a. a. O. S. 632), betrachten die eben Genannten den Konkursverwalter als Vertreter der „Gläubigerschaft.“

gesetzlichen Vertreter zu führen[1]), so ist auch die Konstruktion eines derartigen Pfandrechts, das allerdings den Konkursgläubigern die Sachlegitimation verschaffen würde, mangels jeglicher Anhaltspunkte im Gesetz unzulässig[2]). Aus der in § 6 KO ausgesprochenen Entziehung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und Verleihung des Verwaltungsrechts an den Konkursverwalter zum Zweck gemeinschaftlicher Befriedigung der Konkursgläubiger (§ 3 KO) läßt sich in Verbindung mit § 7 KO, der die Unwirksamkeit der vom Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen den Konkursgläubigern gegenüber ausspricht, noch nicht das Bestehen eines derartigen Pfandrechts der Konkursgläubiger an der Masse schließen[3]). Vielmehr erklärt sich die Unwirksamkeit der betreffenden gemeinschuldnerischen Handlungen ebensowohl bei der entgegengesetzten Auffassung, nach der der Konkursverwalter das dem Gemeinschuldner entzogene Verwaltungs- und Verfügungsrecht als in öffentlichem Interesse bestelltes Organ zur Durchführung des Konkurszwecks ausübt, seine Rechte also nicht von dem Gläubiger, sondern unmittelbar aus dem Gesetz ableitet. Um der in § 6 enthaltenen Vorschrift Wirksamkeit zu verleihen, mußte den im Widerspruch mit ihr vorgenommenen Handlungen des Gemeinschuldners die Rechtswirksamkeit insoweit benommen werden, als sie den Zweck des Konkurses beeinträchtigen und gefährden. Lediglich einer solchen Gefährdung wirksam vorzubeugen, ist die Bestimmung des § 7; eine weitergehende Bedeutung dahin, daß er ein Pfandrecht der Gläubiger an der Masse aufstelle, kraft dessen die Gläubiger auch im Prozesse gemeinschuldnerische Rechte und Pflichten in eigenem Namen durch den Konkurs-

---

1) Petersen, Sächs. Arch. I S. 32, vgl. auch oben § 17 S. 78 ff.

2) Vgl. Petersen bei Gruchot 34 S. 780; Jaeger § 3 nach 42. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung ähnlich ZPO § 804 hätte es aber in diesem Falle umsomehr bedurft, als der Gesetzgeber in bewußtem Gegensatz zu älteren Gesetzgebungen (z. B. der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung I, 50) ein Pfandrecht der Gläubiger an der Masse „als legislativ fehlerhaft und zugleich unzureichend“ ausgeschlossen wissen wollte (Mot. S. 15 f. bei Hahn S. 45). Den Vorwurf mangelnder Publizität und Spezialität erhebt Jaeger u. E. allerdings mit Unrecht (§ 3 u. 42 a. a. O.); vgl. hiergegen Hellmann, § 65 S. 626.

3) Petersen bei Gruchot 34, S. 781.

verwalter geltend machen könnten, darf ihm nicht beigelegt werden[1]. Ebenso wenig stellt § 3 ein dingliches Recht der Gläubiger auf, vielmehr enthält er lediglich die Voraussetzung, unter der jemand als Konkursgläubiger anzusehen ist und die Feststellung des Konkurszwecks, die der Masse gegebene Bestimmung, deren Verwirklichung durch das zuständige Organ jeder Gläubiger als einzelner ohne dingliche Rechte an der Masse erwarten und erstreben kann[2].

Der Unterstellung eines Pfandrechts aller Konkursgläubiger an der Masse widerspricht es auch, daß die Massegläubiger den Konkursgläubigern vorgehen (§ 57 KO) und daß die Konkursgläubiger untereinander verschiedenen Rang haben (§ 61 KO), obgleich das angebliche Pfandrecht für alle in ein und demselben Zeitpunkte entstanden sein also gleichen Rang begründen müßte. Auch fehlt es, wie unten[3] nachgewiesen, überhaupt an einer „Gläubigerschaft" als besonderem Rechtssubjekt, dem ein solches dingliches Recht zustehen könnte[4].

β Aus den §§ 133 Ziff. 2, 135 KO, die den Konkursgläubigern einen Einfluß über Anhängigmachung und Ablehnung der Aufnahme von Prozessen gegenüber dem Verwalter einräumen, kann ebenfalls nicht ein Beleg für die Vertreterstellung des Konkursverwalters entnommen werden, da sich diese Vorschriften gleichfalls aus dem Konkurszweck, der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger erklären lassen, zu dessen umfassenderer Durchführung sie offensichtlich aufgestellt sind. Sie vermögen umsoweniger die Vertreterstellung zu stützen, als, wie oben erwähnt[5], gemäß § 136 KO dem Verwalter die Verfügungsbefugnis auch gegen den Einspruch der Gläubiger verbleibt und seine Erklärungen und Handlungen nicht durch den Willen der Gläubiger unwirksam gemacht werden können[6].

---

[1] Petersen bei Gruchot 34, S. 781; Petersen-Kleinf. § 6 n. 12 S. 44 a. E.

[2] v. Wilmowski, Tit. 1 Vorbem. 2; Petersen bei Gruch. a. a. O., ähnlich Lippmann, Jb. f. Dogm. 41, S. 114.

[3] S. 95 f.

[4] Petersen-Kleinf. § 3 n. 2 S. 24.

[5] Vgl. oben § 17 S. 79.

[6] Wilmowski, Tit. I Vorbem. 3d; Petersen-Kleinf. § 6 n. 12.

γ Eine gesetzliche Vertretung der Gläubiger in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen wäre auch nicht nach dem oben aufgestellten Begriff des stellvertretenden Handelns zu rechtfertigen, weil es den Gläubigern an der für das vertretene Subjekt notwendig erforderlichen Bestimmtheit[1]) mangeln würde, da die einzelnen Gläubiger erst während, oft sogar erst in den letzten Stadien des Verfahrens ermittelt werden. Die Gläubiger wären dann im Prozeß als Streitgenossen anzusehen, was mangels genügender Bestimmtheit zu sehr mißlichen prozessualischen Folgen führen würde[2]).

δ Auch eine gesetzliche Vertretung der Gesamtheit der Gläubiger erscheint mit Rücksicht auf den oben festgelegten Begriff des stellvertretenden Handelns ausgeschlossen, weil die Gläubigerschaft nicht Rechtssubjekt ist[3]). Die Konkursordnung kennt überhaupt keine „Gläubigerschaft" als besonderes Rechtssubjekt. Ausdrücke wie „Gläubigergemeinschaft, Gläubigerschaft" hat die Konkursordnung in der ausgesprochenen Absicht vermieden, der Vorstellung die Gläubigerschaft bilde eine juristische Person, jeden gesetzlichen Anhaltspunkt zu entziehen[4]). Ueberdies spricht gegen die Annahme einer Rechtssubjektivität der Gläubigerschaft das Fehlen jeglichen Sondervermögens[5]). Das einzige im Konkurs in Frage kommende Vermögen, die Masse, bleibt Eigentum des Gemeinschuldners.

Zuzugeben ist, daß die Konkursgläubiger durch die Einheitlichkeit ihrer Interessen bei Feststellung und Liquidierung der Aktivmasse zu einer Einheit, einer Interessengemeinschaft verbunden

---

1) Vgl. oben § 5 S. 15.

2) Vgl. Oetker, Grundbegr. I, S. 322; Stegemann Z. 17 S. 330; Sperlich, S. 34. Betreffs des Erfordernisses der Bestimmtheit für die gesetzlichen Vertreter im Prozesse vgl. Gaupp-Stein 1906 vor § 50 Ic.

3) Petersen-Kleinf. § 3 n. 2; Petersen-Anger § 50 n. 16; Wilmowski, Tit. I n. 2 S. 25 oben; Sarwey-Bossert § 6 n. 4; Kiehl Z. 30, S. 295; Oetker, Grundbegr. I, 574 f.; Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 115.

4) Mot. S. 17 a. E. 18; Sarwey-Bossert § 6 n. 4; v. Wilmowski, Tit. I Vorbem. 2; vgl. dagegen österr. KO §§ 74, 76, 140, 141, 144 (Peters. Sächs. Arch. I, 14 n. 2).

5) Petersen, Sächs. Arch. I, S. 15; Wilmowski, Tit. I, Vorbem. 2 S. 25.

werden[1]), innerhalb deren die Gläubiger ihre Rechte auf Befriedigung und die zum Zweck dieser Befriedigung ihnen beigelegten Befugnisse geltend machen und den Bestimmungen der Konkursordnung gemäß bei Verwertung der Konkursmasse mitzuwirken haben. Nach außen hin tritt diese Interessengemeinschaft durch ihre Organisation, die Gläubigerversammlung, den Gläubigerausschuß, den Konkursverwalter in Erscheinung.

Diese Interessengemeinschaft aber in den vom Konkursverwalter aktiv geführten Prozessen über die Aktivmasse mit Wach[2]) als „Prozeßpersonenverein, welcher als solcher klagen kann" und damit als die durch den Konkursverwalter vertretene Partei zu bezeichnen, ist n. E. mit den Bestimmungen des heute geltenden Rechts unvereinbar[3]).

Denn da eine Rechtspersönlichkeit der Konkursgläubigerschaft nach den Bestimmungen des BGB über juristische Personen ausgeschlossen ist[4]), so könnte die Gläubigerschaft, soweit man bei ihr überhaupt von einem „Verein" reden darf, höchstens als nicht rechtsfähiger Verein[5]) in Frage kommen[6]). Gemäß § 54 BGB unterstehen nun derartige Vereine den Vorschriften über Gesellschaften, sind demnach gemäß § 50 Abs. 1 ZPO aktiv völlig parteiunfähig[7]). — Die Gläubigerschaft könnte also höchstens in den vom Konkursverwalter passiv geführten Prozessen über die

---

1) Jaeger, § 3 n. 41 S. 50; Wilmowski, Tit. I, Vorbem. 2 S. 24; Mandry-Geib, § 28 n. 46 S. 356 ff.; Pollack, § 47 S. 230 ff; Lippmann, Jb. f Dogm. 41 S. 206; Kiehl, Z. 30 S. 296; ähnlich Sarwey-Bossert, § 6 n. 4 und RG II. Straffen. vom 6 7. 86 Entsch. in Straff. Bd. 14 S. 286; vgl. auch oben § 17 S. 77, 78.

2) Handbuch I, S. 590.

3) Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 115.

4) Lippmann, a. a. O.

5) Verein: solche Vereinigung, die im Gegensatz zur Gesellschaft vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist, Zwecke verfolgt, die über die Interessen der jeweiligen Mitglieder hinausgehen und geordnete Vertretungsorgane haben (Gaupp-Stein 1906 § 50 IIb). Wach betrachtet die Gläubigerschaft als durch die Konkursordnung organisierte Personenmehrheit, die, soweit Einheit ihrer rechtlichen Interessen besteht, einheitlicher Willensakte fähig, und zweifellos formell parteifähig ist. Wach, Handbuch I S. 590.

6) Auch Wach, a. a. O. spricht der Gläubigerschaft die Eigenschaft einer juristischen Person ab.

7) Vgl. Gaupp-Stein 1906, § 50 IV S. 141.

Aktivmasse gemäß § 50 Abs. 2 ZPO als die vom Konkursverwalter vertretene Partei auftreten. Diese Möglichkeit ist jedoch nach obiger Ablehnung der Vertreterstellung des Konkursverwalters ebenfalls ausgeschlossen.

b Hatte hinsichtlich der vom Konkursverwalter über die Aktivmasse aktiv und passiv geführten Prozesse infolge der unter den Gläubigern wahrnehmbaren Interessengemeinschaft die Theorie der Gläubigervertretung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich, so erweist sich diese Theorie in den auf die Passivmasse bezüglichen vom Konkursverwalter geführten Prozessen als völlig unzulänglich[1]).

Zwar hat die Konkursordnung dem Verwalter ein Widerspruchsrecht gegeben, und die an die Ausübung dieses Rechts sich anschließenden Prozesse regeln die Frage der Verteilung der Masse, an der gerade und nur die Konkursgläubiger ein lebhaftes Interesse haben. Dieser Umstand könnte also den Gedanken nahelegen, daß der Konkursverwalter in Vertretung der Gläubiger jenes Widerspruchsrecht ausübe. Da nun aber nach der Konkursordnung auch jeder einzelne Gläubiger das Widerspruchsrecht hat und es auch selbständig ausüben kann, überdies in seiner Handlungs- und Geschäftsfähigkeit völlig unbeschränkt ist, so entfällt jedes Bedürfnis der Annahme einer Vertretung, vielmehr erscheint diese völlig ausgeschlossen, wenn und soweit die Gläubiger wirklich und gegebenen Falles im Widerspruch mit dem Widerspruchsrecht des Konkursverwalters von ihrem Rechte Gebrauch machen.

Ebenso wenig aber, wie von einer Vertretung der einzelnen Gläubiger kann bezüglich der Passivprozesse von der Vertretung einer „Gläubigerschaft" durch den Konkursverwalter die Rede sein. Ließ sich bezüglich der Aktivprozesse innerhalb der Gläubiger wenigstens eine Gemeinschaft der Interessen, die alle gleichmäßig auf möglichst ausgiebige Feststellung der Aktivmasse gerichtet waren[2]), als vorhanden feststellen, so entbehrt der Begriff der „Gläubigerschaft" bezüglich der Passivprozesse jeglicher Realität. Das die Gläubiger bei Feststellung der Masse in den Aktivprozessen einigende Band des gemeinsamen Interesses entfällt, sobald es sich um deren Ver-

[1]) Vgl. Lippmann, Jb. f. Dogm. Bd. 41 S. 204.

[2]) Wach, Handbuch I S. 590.

teilung handelt, gänzlich. An seine Stelle tritt Einzelinteresse gegen Einzelinteresse. Ihren rechtlichen Ausdruck findet die Gegensätzlichkeit der Interessen in dem jedem einzelnen Gläubiger gegen jeden einzelnen Gläubiger gegebenen Widerspruchsrecht. Und während sonst ein gemeinschaftliches Handeln der Gläubiger bei verschiedenen Anlässen festzustellen ist[1], offenbart sich im Prüfungstermine, »dem ersten Akt, in dem eine solche Gläubigerschaft ihr Dasein betätigen würde, nur die Gegensätzlichkeit der verschiedenen Interessen«[2]. Die Erteilung von Anweisungen durch Gläubigerausschuß oder -Versammlung, wie bei Aktivprozessen, ist bei Passivprozessen völlig ausgeschlossen. Es fehlt also an jeder einheitlichen Interessenrichtung und Interessenbetätigung. Demnach ist es auch unmöglich, den Verwalter bei Ausübung seines Widerspruchsrechts und den sich daran anschließenden Prozessen als Organ oder Vertreter der Gläubigerschaft zu bezeichnen[3].

c. Auch in Anfechtungsprozessen darf der Konkursverwalter nicht als gesetzlicher Vertreter der Gläubigerschaft, diese somit nicht als die von ihm vertretene Partei bezeichnet werden.

Man glaubt das dem Konkursverwalter gem. § 36 KO eingeräumte Anfechtungsrecht deshalb als Vertretungsmacht auffassen zu dürfen, weil im Gegensatz zu den Masseprozessen in den in Ausübung dieses Rechts geführten Prozessen zweifellos die Gläubiger die „Anderen" seien. Denn das Handeln des Konkursverwalters treffe insofern ausschließlich ihre Rechtssphäre, als der vom Konkursverwalter auf Grund des ihm verliehenen Anfechtungsrechtes geltend gemachte Anfechtungsanspruch einen Anspruch lediglich der Gläubiger sei. — Dies wird folgendermaßen zu begründen versucht. Dem Gemeinschuldner stehe ein Anfechtungsrecht außerhalb des Verfahrens nicht zu, auch gehe die vom Verwalter geltend gemachte Anfechtung nach Aufhebung des Konkursverfahrens nicht auf den

---

[1]) Bestellung des neuen Verwalters § 80, Beschlußfassung über Bewilligung der Unterstützung an den Gemeinschuldner, Fortführung des Geschäfts, Hinterlegung von Geld usw. (§ 132). Ueber Klageerhebung, Aufnahme und Ablehnung der Aufnahme von Prozessen, Anerkennung von Ansprüchen (§ 133).

[2]) Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 207;

[3]) ebenda S. 204 ff.

Gemeinschuldner über; vielmehr stehe ein Anfechtungsrecht begrifflich nur den Gläubigern derjenigen Personen zu, deren Handlungen (Rechtsgeschäfte, Abschluß von Verträgen, Verfügungen) den Gegenstand der Anfechtung bilden, wie denn auch die erfolgreiche Anfechtung nur den Gläubigern gegenüber die Unwirksamkeit der angefochtenen Handlung begründe. Diesen allgemeinen Grundsätzen entsprechend stehe wie vor dem Konkurse, so auch während desselben, nur den Konkursgläubigern ein Anfechtungsanspruch zu, der namens derselben vom Konkursverwalter geltend gemacht werde.

Die oben im allgemeinen dargelegten Gründe gegen die Stellung des Konkursverwalters als gesetzlichen Vertreters der Gläubiger[1]) treffen im wesentlichen auch hier zu. Im besonderen ist aber gerade was das Anfechtungsrecht und die Stellung des Konkursverwalters in solchen Prozessen, in denen dieses Recht geltend gemacht wird, anlangt, noch folgendes zu bemerken.

Davon, daß den Gläubigern auch während des Konkursverfahrens ein Anfechtungsrecht zusteht, ist in der Konkursordnung nirgends die Rede, vielmehr bestimmt die Konkursordnung lediglich, daß die vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen angefochten werden können, und daß das Anfechtungsrecht vom Konkursverwalter ausgeübt wird (§§ 29 und 36 KO). Hinsichtlich der Ausübung des Anfechtungsrechts durch den Konkursverwalter sind den Gläubigern nicht mehr Rechte zugewiesen, als bezüglich der übrigen Handlungen des Verwalters, insbesondere kann der Verwalter nicht zur Ausübung des Anfechtungsrechts seitens der Gläubiger genötigt werden[2]).

Vor allem aber ist der vom Konkursverwalter geltend gemachte Anfechtungsanspruch nicht mit dem des einzelnen Gläubigers

---

[1]) vor allem der Mangel eines bestimmten (S. 95) zu vertretenden Rechtssubjekts (S. 95 f.).

[2]) Die Zulassung der Gläubiger zur Nebenintervention, falls der Verwalter das Anfechtungsrecht ausübt, überträgt nicht die Ausübung des Anfechtungsrechts auf die Gläubiger, wie ja auch sonst die Intervention für einen Kläger nicht die Ausübung des Klagerechts enthält (v. Wilmowski § 36 n. 4). Auch wird durch die Zulassung des Gläubigers zur Nebenintervention, wie sich aus ihrem Wesen (vgl. besonders § 67 ZPO) ergibt, der Konkursverwalter in keiner Weise beschränkt.

identisch[1]). Zunächst sind die Voraussetzungen andere; der Konkursverwalter kann gemäß § 30 Rechtshandlungen anfechten, deren Anfechtung dem einzelnen Gläubiger nicht zusteht[2]). Der Einzelngläubiger bedarf eines vollstreckbaren Titels, der Konkursverwalter nicht. — Auch die Wirkungen sind verschiedene. Während gemäß § 37 KO das auf die erfolgreiche Anfechtung des Konkursverwalters zurückgewährte zur Masse d. h. zu Händen des Verwalters und ins Eigentum des Gemeinschuldners zurückfällt, erhält der erfolgreich anfechtende Einzelngläubiger lediglich das Recht auf Zwangsvollstreckung in die zurückzugewährenden Gegenstände[3])[4]). Bei erfolgreicher Einzelanfechtung ist der Gegner nur zur Herausgabe in Höhe der Forderung des klagenden Einzelngläubigers, bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter zur Herausgabe des Ganzen verpflichtet. Die Aufnahme anhängiger Anfechtungsprozesse kann der Konkursverwalter ablehnen und das ihm zustehende Anfechtungsrecht in einem neuen Verfahren geltend machen[5]).

Alles dies beweist, daß der Konkursverwalter bei Ausübung des ihm gemäß § 36 KO zustehenden Anfechtungsrechts in den von ihm geführten Anfechtungsprozessen nicht die Anfechtungsansprüche der Gläubiger, sondern einen von diesen Ansprüchen grundverschiedenen und daher *eigenen* Anfechtungsanspruch geltend macht. Es können daher auch hinsichtlich der Ausübung des Anfechtungsrechts unmöglich die Gläubiger als die „Anderen" d. h. als diejenigen, deren Rechtssphäre die Ausübung des Anfechtungsrechts seitens des Konkursverwalters trifft, und damit unmöglich

---

1) Vgl. Petersen im Sächs. Arch. I S. 37.

2) Dies muß auch Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 137 zugeben, obwohl er den Anfechtungsanspruch des Konkursverwalters mit dem des Einzelngläubigers gleichsetzt.

3) Petersen, Sächs. Arch. I, S. 38 und Z. 9 S. 46 f.

4) Der Einwand Lippmanns (a. a. O. S. 138), dem Konkursverwalter stünde es ja frei, ebenfalls die Verwertung der Sache im Wege des förmlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens durchführen zu lassen, in welchem Falle keine Verschiedenheit der Wirkung vorläge, ist nicht zutreffend. Darin liegt eben gerade der Unterschied, daß dem Konkursverwalter freisteht, die Verwertung freihändig oder im Wege der Zwangsvollstreckung vorzunehmen, während dem Einzelngläubiger einzig und allein der letztere Weg offensteht.

5) Petersen, Sächs. Arch. I, S. 38.

auch als die Vertretenen bezeichnet werden. Also auch in den durch ihn geführten Anfechtungsprozessen ist der Konkursverwalter nicht gesetzlicher Vertreter der Gläubiger; letztere sind somit nicht die von ihm vertretene Partei [1]).

Die Untersuchung, die sich bisher mit der Ablehnung der Vertreterstellung des Konkursverwalters in Prozessen im besonderen hinsichtlich der einzelnen von ihm angeblich vertretenen Subjekte sowie damit gleichzeitig mit der Ablehnung der Parteistellung jener Subjekte beschäftigt, hat ergeben, daß der Konkursverwalter weder als Vertreter der Masse noch als Vertreter der Gläubiger in Betracht kommen könne; weder als Vertreter der Gläubiger als einzelner noch als Vertreter einer „Gläubigerschaft" weder in den auf die Aktivmasse noch in den auf die Passivmasse bezüglichen Prozessen, noch aber auch im Anfechtungsprozeß. Damit sind gleichzeitig Masse und Gläubiger oder Gläubigerschaft in den vom Konkursverwalter aktiv und passiv geführten Prozessen als von ihm vertretene Parteien abgelehnt.

§ 21.

3. Die weiteste Verbreitung und eingehendste Begründung findet aber auch heute noch die Ansicht, der Konkursverwalter sei gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners [2]), letzterer also in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen die vom Konkursverwalter vertretene Partei.

a Diese Auffassung ist von dem hier vertetenen und wegen seiner grundlegenden Bedeutung für alle die rechtliche Stellung des Konkursverwalters beruhenden Fragen auch dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffe der Vertretungsmacht aus von vornherein deshalb abzulehnen, weil dem Konkursverwalter die ihm zustehende Hand-

---

[1]) Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 318 Anm. 1 Abs. 3.

[2]) Petersen-Kleinf., § 6 n. 13 S. 45 f.; Petersen, Sächs. Arch. Bd. 1, S. 24 ff., Z. 9 S. 11 ff., Z. 17 S. 186, Z. 18 S. 41 ff., bei Gruchot 34, S. 777 ff., 36, S. 136 ff.; v. Mandry-Geib § 10, 6 u. 7 n. 22 S. 122, § 50 II S. 551 ff.; v. Wilmowski, Tit. I Vorbem. 3e; Wolff § 6 n. 6, Z. 22, 207 ff.; Fuchs bei Gruchot 38 S. 262 ff.; Endemann, Z. 12, S. 534; Schmidt, ZPO § 30 IV, S. 152; Willenbücher, § 6 n. 9 S. 20; Fitting § 5 n. 8, 10 und § 17 zu I; Wengler, S. 92; Schollmeyer § 12, 3, 97 f.; Voigt, S. 2; Förster-Eccius § 116 n. 26.

lungsmacht und somit auch die Befugnis zur Prozeßführung [1]) nicht zur Ausübung im ausschließlichen Interesse des Gemeinschuldners, sondern — unbestrittenermaßen — in erster Reihe zur Ausübung im Interesse der Konkursgläubiger erteilt ist [2], [3].

Diesen m. E. eine Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter notwendig ausschließenden Einwand suchen nun die Anhänger dieser Vertretungstheorie — soweit sie nicht überhaupt die Frage nach dem Interesse des Vertretenen als für den Begriff der Vertretungsmacht unwesentlich ausschalten — durch den bekannten den Motiven [4]) entnommenen Satz zu entkräften, daß das wohl verstandene Interesse der Gläubiger mit dem eines redlichen Schuldners zusammenfalle [5]).

Ob diese behauptete Interessenkoincidenz wirklich in allen Fällen absolut vorhanden ist, mag dahingestellt bleiben [6]). Berück-

---

1) Vgl. Struckmann-Koch, § 51 n. 2 S. 54.

2) Vgl. die oben § 17 S. 74 n. 3 Genannten.

3) soweit sie überhaupt im Interesse einer Privatperson erteilt ist (vgl. oben § 17 S. 82—85

4) S. 16 unten bei Hahn S. 46.

5) v. Wilmowski, Tit. I n. 3e S. 27; Petersen-Kleinf., § 6 n. 12; Wolff, § 6 n. 6 S. 50; Jaeger, § 6 n. 7; Petersen, Z. 18, S. 26.

6) Auch Petersen (Z. 18 S. 26) gibt zu, daß die Gläubigerinteressen sich nicht in jedem einzelnen Punkte mit dem des redlichen Schuldners decken. Welches Interesse beispielsweise der redliche Gemeinschuldner daran hat, sich zum Offenbarungseid vom Konkursverwalter nötigen lassen zu können (§ 125 KO), ist unerfindlich. — Ebenso fehlt es an einem Interesse des Gemeinschuldners bei Ausübung des Anfechtungsrechts gemäß § 29 ff. KO durch den Verwalter (§ 36). Zunächst braucht dem Anfechtungsanspruch durchaus nicht immer eine Unredlichkeit des Gemeinschuldners zugrundezuliegen vgl. z. B. § 32 KO. (Lippmann Jb. f. Dogm. 41 S. 114). Der Umstand, daß der Gemeinschuldner Eigentümer des zurückgewährten wird, ist für das gemeinschuldnerische Interesse ohne Belang (vgl. unten S. 271 f.). So geben denn die Vertreter dieser Anschauung unumwunden zu, daß das Interesse des Gemeinschuldners außerhalb des Konkurses mit dem des redlichen und konkursmäßig verfahrenden Gemeinschuldners nicht übereinstimme und daß eben infolge dieses Gegensatzes für die Vertretung der letzteren Interessen der Konkursverwalter bestellt sei (v. Wilmowski, Tit. I 3h am Ende). Damit käme man dahin, innerhalb einer Person zwei sich widerstrebende Interessensphären anzuerkennen, was wir als widersinnig ablehnen (vgl. auch Bunsen Z. 26, S. 254.)

sichtigung kann dieser Einwand vor allem deswegen nicht finden, weil es für die Frage, ob Vertretungsmacht vorliege oder nicht, hinsichtlich der Interessenwahrnehmung nicht darauf ankommt, ob das Interesse des angeblich Vertretenen tatsächlich wahrgenommen wird oder nicht, sondern lediglich darauf, ob es für das Handeln des Vertreters rechtlich maßgebend ist oder nicht d. h. ob es nach dem Willen der Rechtsordnung wahrgenommen werden sollte oder nicht[1]. Handelt es sich nun, wie im vorliegenden Falle, um Wahrnehmung der Interessen verschiedener Subjekte, so kommt es für die Frage, bezüglich welchen Subjekts Vertretungsmacht vorliege, hinsichtlich der Interessenwahrnehmung auch nur lediglich darauf an, wessen Interesse gegenüber den Interessen der Uebrigen das allein maßgebende ist, wessen Interesse im Verhältnis zu den Interessen der Anderen nach dem Willen der Rechtsordnung das Primäre, das Ausschlaggebende ist.

Nun unterliegt es keinem Zweifel, daß für das Handeln des Konkursverwalters bei Ausübung der ihm zustehenden Befugnisse und damit auch bei seiner Prozeßführung gegenüber dem Interesse des Gemeinschuldners das Interesse der Gläubiger das in erster Reihe[2]) maßgebende ist, daß das Interesse des Gemeinschuldners nur durch Vermittelung des Gläubigerinteresses, nur soweit es von letzterem mit umschlossen wird, in Frage kommt. Hinsichtlich der Interessenwahrnehmung könnte somit der Verwalter in den von ihm geführten Prozessen allenfalls als Vertreter der Konkursgläubiger[3]), niemals jedoch als der des Gemeinschuldners in Betracht kommen.

b Die Gründe, mit denen die Anhänger dieser Theorie die Notwendigkeit einer Schuldnervertretung überhaupt und damit auch einer gesetzlichen Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter in den von letzterem geführten Prozessen darzutun versuchen, stützen sich hauptsächlich auf § 6 KO.

---

[1]) Vgl. oben § 14 S. 58.

[2]) jedoch lediglich relativ d. h. nur im Verhältnis zu dem Interesse des Gemeinschuldners. Absolut und letzten Endes liegt, wie oben (§ 17 S. 82—85 nachgewiesen, der Handlungsmacht des Konkursverwalters ausschließlich das öffentliche Interesse zugrunde.

[3]) was aber, wie oben § 20 nachgewiesen, aus anderen Gründen ausgeschlossen erscheint.

Da der Gemeinschuldner ungeachtet der Eröffnung des Konkurses Subjekt des die Masse bildenden Vermögens bleibe, das Verwaltungs- und Verfügungsrecht in Ansehung dieses Vermögens jedoch verliere, so müsse notwendig Stellvertretung eintreten [1]. Stellvertreter könne doch aber nur der Konkursverwalter sein, dem unmittelbar im Anschluß an die Entziehung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts [2]) die Befugnis zur Ausübung dieses Rechts zugesprochen werde (§ 6 Abs. 2 KO).

Abgesehen davon, daß der Mangel der Dispositionsbefugnis des Gemeinschuldners die Vertretung des letzteren noch keineswegs zur juristischen Notwendigkeit macht, vielmehr die Zwecke des Konkursverfahrens sich sehr wohl und gerade am besten dann erreichen lassen, wenn ein fernstehender Dritter als solcher das Verwaltungs- und Verfügungsrecht erhält und dabei vom Gesetz mit einer Macht ausgestattet wird, die ihn gleich dem Eigentümer selbst zu verfügen und somit auch zur Prozeßführung befähigt [3], ist eine Ausübung des dem Verwalter zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechts in rechtlicher Stellvertretung des Gemeinschuldners, also in der Weise, daß de jure die Dispositionsbefugnis beim Gemeinschuldner bleibt und ihm nur der Ausübung nach entzogen wird [4]), gegenüber dem klaren Wortlaut des § 6, der schlechtweg von „Verlieren“ jener Befugnis redet, ausgeschlossen [5]).

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Konkursverwalters ist vielmehr ein in seiner Person neu entstandenes ureigenes [6]), kraft dessen er über die dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte und Verbindlichkeiten in eigenem Namen verfügt [7]) und die darauf bezüglichen Prozesse in eigenem Namen führt [8]).

[1]) Petersen im Sächs. Arch. I S. 21; v. Wilmowski Tit. I Vorbem. 3e; Jaeger § 6 n. 3 Abs. 4; Petersen Kleins. § 6 n. 13.

[2]) „gewissermaßen in einem Atem“ Wilmowski a. a. O.; auch Jaeger a. a. O. legt auf dieses äußere Moment des räumlichen Beieinanderstehens von Entziehung und Verleihung der Dispositionsbefugnis Gewicht.

[3]) Kiehl, Z. 30 S. 293 n. 5.

[4]) Vgl. hiergegen jedoch Jaeger § 6 n. 8.

[5]) RG 29 S. 32; auch Lippmann, a. a. O. S. 150.

[6]) Lippmann, Jb. f. Dogm. 41, S. 150.

[7]) Vgl. oben § 15 S. 66.

[8]) Sarwey-Bossert, § 6 n. 5.

c α Man glaubt nun den Konkursverwalter deshalb als Vertreter des Gemeinschuldners auffassen zu müssen, weil der Gemeinschuldner durch den Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Masse gehörige Vermögen insoweit auch der Geschäftsfähigkeit verlustig sei und deshalb durch den Verwalter vertreten werden müsse. Das ist jedoch nicht richtig. Nicht die Dispositionsfähigkeit d. h. die Fähigkeit einer Person durch Willenserklärung unmittelbar eine Veränderung der ihr zustehenden Rechte zu bewirken — und somit ein Teil der Geschäftsfähigkeit —[1], sondern nur die Dispositionsbefugnis d. h. die Möglichkeit, im konkreten Falle über ein Vermögensrecht zu verfügen, ist dem Gemeinschuldner durch § 6 KO entzogen[2]. Zwar ist die Dispositionsfähigkeit, das Disponierenkönnen die notwendige Voraussetzung der Dispositionsbefugnis des Disponierendürfens[3]) und ein Verlust der ersteren hat notwendiger Weise den Verlust der letzteren zur Folge. Nicht aber umgekehrt[4]). Abgesehen davon, daß in § 6 KO ausdrücklich und wörtlich die „Befugnis", nicht die „Fähigkeit" entzogen worden ist und ein derartiges Verwechseln so geläufiger Begriffe oder ein Vergreifen im Ausdruck seitens des Gesetzgebers in hohem Maße auffällig wäre, so stünde auch eine derartige nur mit Bezug auf gewisse Vermögensobjekte und nur gewissen Personen, den Konkursgläubigern, gegenüber (§ 7 Abs. 1 KO) eingeschränkte „relative" Geschäftsfähigkeit einer im allgemeinen vollgeschäftsfähigen Person ganz vereinzelt da[5]), würde auch mit dem Begriffe der Geschäftsfähigkeit, wie er vom Gesetz aufgestellt ist, überhaupt nicht zu vereinigen sein, da das Gesetz den umfassenden Begriff der Geschäftsfähigkeit nur für bestimmte Personen — nicht aber bestimmten Personen gegenüber — für nicht anwendbar erklärt und besonders eingeschränkt hat (beschränkte Geschäftsfähigkeit), also zum mindesten den einer „relativen" ebenfalls hätte besonders festlegen müssen. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber dem Gemeinschuldner die

---

1) Stegemann Z. 17, S. 336; RG 29 S. 32.

2) Lippmann, a. a. O. S. 135, das. auch n. 38; Kiehl, Z. 30, S. 293 f.; RG 29 S. 32, 33.

3) Stegemann, a. a. O.

4) RG 29, S. 33.

5) Dem BGB ist ein solcher Fall unbekannt, Gaupp-Stein, § 52 I.

Dispositionsfähigkeit hätte entziehen wollen, da die Entziehung der Dispositionsbefugnis zur Sicherung des Konkurszwecks schon völlig ausreicht[1]).

β Wie die Behauptung, der Gemeinschuldner sei „relativ" geschäftsfähig auf einer Verwechselung der Dispositionsfähigkeit mit der Dispositionsbefugnis beruht, so beruht die weitere Behauptung, der Gemeinschuldner sei „partiell", nämlich in den auf die Masse sich beziehenden Prozessen, prozeßunfähig und müsse daher im Konkursverwalter einen gesetzlichen Vertreter haben, auf einer Verkennung oder Vermischung des Unterschiedes zwischen Prozeßfähigkeit, der Fähigkeit zu prozeßrechtlich wirksamer Willenserklärung[2]), und der Sachlegitimation, der Befugnis über das konkrete Streitobjekt als Berechtigter oder Verpflichteter zu verfügen[3]).

Man zieht nun zum Beweise der behaupteten „partiellen" Prozeßunfähigkeit des Gemeinschuldners den § 52 Abs. 1 ZPO heran, indem man seine Bestimmung, daß eine Person insoweit prozeßfähig sei, als sie sich durch Verträge verpflichten könne, in die Negative übersetzt, soweit sie sich nicht verpflichten könne, sei die Person prozeßunfähig[4]). Eine derartige Auslegung einer positiven Gesetzesvorschrift durch Umkehrung ist aber unzulässig. U. E. bedeutet § 52 Abs. 1 nicht eine Einschränkung der Prozeßfähigkeit einer nach allgemeinen Regeln prozeßfähigen Person dahin, daß sie mit Entziehung der Verpflichtungsfähigkeit für gewisse Fälle soweit auch die Prozeßfähigkeit verliere, sondern umgekehrt eine Erweiterung dahin, daß auch eine an sich prozeßunfähige, — weil beschränkt geschäftsfähige — Person prozeßfähig werden könne, soweit sie sich nämlich durch Verträge verpflichten könne[5]).

Eine Anwendung des § 52 Abs. 1 auf den Gemeinschuldner zum Beweise von dessen „partieller" Prozeßunfähigkeit ließe sich

---

1) RG 29 S. 33.

2) Planck, § 44; Gaupp-Stein § 51, 1.

3) Seuffert, ZPO. § 50 n. 2; Gaupp-Stein a. a. O.

4) Petersen, Sächs. Arch. Bd. I S. 30; v. Wilmowski, Tit. I, Vorbem. 3 f. S. 28.

5) Eccius, bei Gruchot 33 S. 731; RG 29, S. 34; Gaupp-Stein § 52, 1 läßt die Auslegung als für die Praxis bedeutungslos dahingestellt. Vgl. auch Mot. z. ZPO S. 73 f. in Hahn Stegemann II, 167; Stegemann Z. 17 S. 338.

doch auch nur dann rechtfertigen, wenn man den Gemeinschuldner als „partiell" verpflichtungsunfähig ansieht. Dies ist aber nicht der Fall. Die Verpflichtungsfähigkeit durch Verträge deckt sich, abgesehen von ganz bestimmten Ausnahmen mit der Geschäftsfähigkeit des BGB [1]). Diese fehlt aber dem Gemeinschuldner keineswegs, wie schon oben [2]) betont. Nur die Befugnis, in Bezug auf das der Verwaltung des Konkursverwalters unterliegende Vermögen dinglich zu verfügen, fehlt ihm. Persönlich kann er sich auch in Bezug auf jenes Vermögen zu einer Leistung selbständig verpflichten, nur ist eine solche Verpflichtung den Gläubigern gegenüber unwirksam. An sich ist und bleibt aber eine derartige Verpflichtung wirksam; nach beendeter Konkursverwaltung tritt sie voll in Kraft [3]). Der Gemeinschuldner bleibt daher voll prozeßfähig, ihm fehlt vielmehr lediglich die Befugnis, über das konkrete Streitobjekt der vom Konkursverwalter geführten Prozesse zu verfügen, also lediglich die Legitimation zur Sache [4]).

Den Einwurf Wachs, das Nichtdisponierendürfen hinsichtlich der Masse und gegenüber den Gläubigern sei eben ein rechtliches Nichtdisponierenkönnen und damit eine Unfähigkeit zu prozessualischem Handeln [5]), nennt Eccius [6]) mit Recht ein dialektisches Kunststück. Auf diese Weise ließe sich eben verallgemeinernd jeder Mangel von Dispositionsbefugnis als rechtliches Nichtdisponierenkönnen auslegen. Dann wäre eben jeder sachlich nicht Legitimierte „partiell" prozeßunfähig, denn seine mangelnde Verfügungsbefugnis hätte eben immer ein rechtliches Nichtkönnen also auch eine Unfähigkeit zu prozeßrechtlicher Willenserklärung zur Folge [7]). Von einem „Nichtkönnen" läßt sich doch aber nur dann reden, wenn das Recht die vorgenommene Handlung als nichtig ansieht. Eine

---

1) Gaupp-Stein 06 § 51, I.

2) Vgl. oben S. 105 f.

3) Kiehl, Z. 30 S. 294; vgl. auch § 7 KO: nicht „nichtig", sondern „unwirksam".

4) Vgl. auch Mot. S. 42 bei Hahn S. 66.

5) Wach I § 47 S. 543, ähnlich Wilmowski, Tit. I Vorbem. 3 f.

6) bei Gruchot 33 S. 732.

7) Vgl. Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 136 n. 40; Kiehl, Z. 30 S. 314: „— daß es gerade die Beweisfrage ist, ob das Nichtdürfen im Sinne des Gesetzes auch ein Nichtkönnen bedeuten soll, was wir eben verneinen."

solche Nichtigkeit liegt aber hinsichtlich der Verfügung des Gemeinschuldners nicht vor, wie sich aus dem Wortlaut des § 7 KO ergibt.

Der Gemeinschuldner ist also nicht „partiell" prozeßunfähig, ihm fehlt vielmehr die Sachlegitimation[1]).

Also auch dieser Versuch, durch Aufstellung einer „partiellen" Prozeßunfähigkeit des Gemeinschuldners die Stellung des Konkursverwalters als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen zu rechtfertigen, ist als mißlungen zu erachten, vielmehr hat er nur zu der Ueberzeugung beigetragen, daß bei klarem Auseinanderhalten von Dispositionsfähigkeit und Dispositionsbefugnis, von Prozeßfähigkeit und Sachlegitimation der Gemeinschuldner in den vom Konkursverwalter kraft des ihm zustehenden eigenen Verwaltungs- und Verfügungsrechts im eigenen Namen bezüglich der Masse geführten Prozessen als vom Konkursverwalter vertretene Partei überhaupt nicht in Frage kommen könne.

d Gegen die Theorie, die den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter und den Gemeinschuldner als die von ihm vertretene Partei bezeichnet, spricht auch § 10 KO, nach welchem die für den Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen anhängigen und gemäß § 240 ZPO unterbrochenen Rechtsstreitigkeiten vom Konkursverwalter aufgenommen werden können. — Wäre wirklich der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners, so dürfte folgerichtig von einer derartigen Ablehnungsbefugnis des Verwalters keine Rede sein, vielmehr müßten die in § 10 genannten Prozesse unbedingt auf den Verwalter übergehen.

Mit der Vertreterstellung des Konkursverwalters ist es ferner unvereinbar, daß nach Ablehnung der Aufnahme des Rechtsstreits seitens des Konkursverwalters sowohl der Gemeinschuldner als auch dessen Gegner den Rechtsstreit wieder aufnehmen kann. — Denn nähme man an, daß der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners in dessen Namen die Aufnahme oder die Ab-

[1]) Seuffert § 50 n. 2e; auch die Motive zu § 51 ZPO erkennen eine Prozeßunfähigkeit des Gemeinschuldners nicht an. In der dort gegebenen Aufzählung der willensfähigen, aber doch prozeßunfähigen physischen Personen wird der Gemeinschuldner nicht genannt.

lehnung der Aufnahme erkläre, daß also die ihm zu diesen Erklärungen in § 10 KO eingeräumte Befugnis Vertretungsmacht sei, so müßte die mit dieser Erklärung verknüpfte objektive Rechtswirkung unmittelbar den Gemeinschuldner treffen [1]) d. h. im Falle der Ablehnung müßte die Aufnahme des Prozesses als vom Gemeinschuldner endgültig abgelehnt gelten, sodaß eine weitere Erklärung des Gemeinschuldners über Ablehnung oder Aufnahme ausgeschlossen wäre. Da aber gemäß § 10 Abs. 2 KO der Gemeinschuldner trotz Ablehnung des Konkursverwalters den Rechtsstreit selbständig aufnehmen kann, so sind nur zwei Folgerungen möglich:

Entweder die Wirkung der Ablehnungserklärung hat die Rechtssphäre des Gemeinschuldners nicht getroffen. Dann ist die Befugnis zu jener Ablehnungserklärung nicht Vertretungsmacht, der Konkursverwalter also nicht Vertreter. Diese Folgerung ist u. E. die allein richtige. Oder aber die Ablehnungserklärung hat zwar die Rechtssphäre des Gemeinschuldners getroffen, innerhalb der Rechtssphäre des Gemeinschuldners bestehen aber zwei Rechte zur Erklärung über Aufnahme des Rechtsstreits, von denen er eines durch den Konkursverwalter eines selbst, das eine im ablehnenden, das andere im aufnehmenden Sinne ausüben kann. Diese zweite Möglichkeit ist u. E. völlig widersinnig und daher abzulehnen [2]).

e Auch in den vom Konkursverwalter geführten Anfechtungsprozessen darf dieser nicht als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners und letzterer als Partei bezeichnet werden [3]). Ausschlaggebend ist wieder in erster Reihe, daß dem Anfechtungsrecht des Konkursverwalters nicht das Interesse des Gemeinschuldners, sondern — wie auch gegnerischerseits zugestanden — das Interesse lediglich der Gläubiger zugrundeliegt [4]). Daß der Gemeinschuldner

---

1) Vgl. die oben § 8 S. 21 f. gegebene Begriffsbestimmung der Vertretungsmacht.

2) Vgl. auch Lippmann, Jb. f. Dogm. 41, S. 145 ff., der ebenfalls das zweite Ergebnis, daß dem Gemeinschuldner eine zweimalige Erklärung über die Aufnahme des Prozesses zustehe, als auffallend bezeichnet und daher ablehnt.

3) Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 130 ff.; Bunsen, Z. 26, S. 261, 263; Sarwey-Bossert § 6 n. 5 S. 65 f.; Jaeger, § 6 n. 9.

4) Petersen, Sächs. Arch. I S. 39; Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 131, 134; v. Wilmowski, Tit. I 3 b.

formell Eigentümer der zurückgewährten Gegenstände wird [1]), besagt u. E. garnichts, da dieses Eigentum ohne jeden wirtschaftlichen Wert für den Gemeinschuldner ist, vielmehr einzig und allein zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwertet werden soll und bei Fortfall dieser Voraussetzung, vor allem bei Beendigung des Konkurses durch Einstellung des Verfahrens, aber ipso jure dem Anfechtungsgegner wieder zufällt [2]) [3]).

Der Umstand, daß der Gemeinschuldner Eigentümer des zurückgewährten bleibt, wenn der Konkurs durch Zwangsvergleich beendet wird [4]), ändert nichts daran, daß die dem Anfechtungsrecht zugrundeliegende Zweckbestimmung nur die Verwertung des zurückzugewährenden Gegenstandes zur umfassenderen Befriedigung der Gläubiger, also das Gläubigerinteresse ist. Lediglich darauf kommt es — wie nun schon mehrfach erwähnt — [5]) aber an, wessen Interesse das Recht in erster Reihe dienen soll, nicht wessen Interesse es tatsächlich dient.

Gegen Ausübung des Anfechtungsrechts in Vertretung des Gemeinschuldners muß u. E. fernerhin der Umstand durchschlagen, daß ein Anfechtungsrecht in der Rechtssphäre des Gemeinschuldners nie bestanden hat, auch nach der Konkursbeendigung nicht besteht [6]); daß ein solches in der Person des Gemeinschuldners mit der Konkurseröffnung und nur für die Dauer des Konkurses neu erstanden sei [7]), ist mangels jeglichen gesetzlichen Anhalts nicht wohl anzunehmen [8]).

Es kann darum auch nicht behauptet werden, das Anfechtungsrecht sei Bestandteil der Masse, vielmehr handelt es sich hier wie

[1]) Petersen, Sächs. Arch. I. S. 38.

[2]) Vgl. des weiteren Lippmann, Jb. f. Dogm. 41, S. 130 ff.

[3]) Ganz im Gegensatz zu dem bei Konkurseröffnung vorhandenen und damit in die Masse fallenden Vermögen des Gemeinschuldners. Während des Konkurses steht an ihm dem Gemeinschuldner zwar auch nur Eigentum ohne wirtschaftlichen Wert zu, nach Beendigung des Konkurses dagegen erlangt er Volleigentum.

[4]) Petersen, Sächs. Arch. I S. 38.

[5]) Vgl. oben § 14 S. 58 und § 21 S. 103.

[6]) Sarwey-Bossert § 6 n. 5 S. 66.

[7]) Petersen, Sächs. Arch. I S. 39 unten.

[8]) Vgl auch RG 29 S. 32, 35.

bei anderen Befugnissen des Konkursverwalters um ein lediglich in seiner Person für die Dauer und zur Durchführung des Konkurszwecks neu entstandenes Recht[1]), das er lediglich auf Grund des ihm übertragenen Amts ausübt.

Also auch in Anfechtungsprozessen darf der Konkursverwalter nicht als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, der Gemeinschuldner nicht als die vom Konkursverwalter vertretene Partei bezeichnet werden.

4. In der Erkenntnis, daß das Anfechtungsrecht der Stellung des Konkursverwalters als Vertreters des Gemeinschuldners widerspreche, haben einige Schriftsteller lediglich hinsichtlich des Anfechtungsrechts den Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger, im übrigen aber als Vertreter des Gemeinschuldners betrachten wollen[2]).

Diese Theorie führt zu völlig unbefriedigenden Ergebnissen hinsichtlich derjenigen Prozesse, in denen das Anfechtungsrecht nicht mittels Klage, sondern im Wege der Einrede oder — was nach herrschender Ansicht ebenso zulässig – mittels Replik geltend gemacht wird[3]).

Hat nämlich ein Dritter auf Anerkennung eines Aussonderungs- oder Absonderungsrechts oder seiner vom Konkursverwalter bestrittenen Konkursforderung gegen den Konkursverwalter Klage erhoben oder hat seinerseits der Konkursverwalter wegen eines dem Gemeinschuldner zustehenden dinglichen Rechts oder einer Forderung desselben Klage erhoben, so ist in diesen Prozessen der Gemeinschuldner zweifellos dann Partei und der Konkursverwalter sein gesetzlicher Vertreter, wenn man — wie Jaeger — den Konkursverwalter im allgemeinen d. h. abgesehen von der Ausübung des Anfechtungsrechts als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet.

---

1) a. M. Petersen, Sächs. Arch. I S. 39, der jedoch (Z. 9 S. 52) die hier vertretene Auffassung als naheliegend angibt.

2) So vor allem Jaeger, (§ 6 n. 9), der auch hinsichtlich des Anspruchs auf Leistung des Offenbarungseides und des Rechts, die Haft des Schuldners zu beantragen (§§ 100, 101, 125 KO), den Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger betrachtet.

3) analog § 5 Anfechtungsgesetz; vgl. auch Mot. S. 112; Petersen Z. 10 S. 39; Petersen, Sächs. Arch. I S. 40f.

Nimmt man nun an, der Konkursverwalter handle bei Ausübung des Anfechtungsrechts als Vertreter der Gläubiger, so wird dies folgerichtig auch gelten müssen, soweit er die in § 7 KO gedachte Unwirksamkeit mittels Einrede oder Replik geltend macht.

Nun kann doch aber unmöglich behauptet werden, daß in den oben genannten vom Konkursverwalter oder gegen ihn als Vertreter des Gemeinschuldners angestrengten Prozessen der Gemeinschuldner aufhört, Partei zu sein, wenn der Konkursverwalter von dem Anfechtungsrecht durch Einrede oder Replik Gebrauch macht. Dies wäre aber die logische Folge jener Theorie[1]).

Ein weiterer Widerspruch ist es, daß in derartigen Prozessen, die der Konkursverwalter als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners führt, überhaupt von dem Anfechtungsrecht, in dieser Weise Gebrauch gemacht werden darf. Denn eine Einrede kann doch nur aus dem Rechte der Partei, nicht aber aus einem Anspruch hergeleitet werden, der einem Dritten zusteht[2]).

Ebenso wenig wie diese Theorie, welche die sich bei Annahme einer Vertreterstellung des Konkursverwalters in den von ihm geführten Prozessen ergebenden Schwierigkeiten durch eine Verbindung zweier Theorieen zu überwinden und zu umgehen suchte, zu befriedigenden Ergebnissen geführt hat, ist eine annehmbare Lösung von ähnlichen Kombinierungen zu erwarten, nach denen der Konkursverwalter die Gläubiger und den Gemeinschuldner zugleich oder je nach Lage des Falles bald die Gläubiger bald den Gemeinschuldner vertreten soll. Einer eingehenden Widerlegung bedarf es an dieser Stelle nicht mehr, da angesichts der bisherigen Ausführungen und der bisher gegen die Stellung des Konkursverwalters als gesetzlichen Vertreters angegebenen Gründe — es sei nur an das Erfordernis des Handelns im ausschließlichen Interesse erinnert — das Unhaltbare jener Konstruktionen sofort einleuchtet.

Die Zulassung solcher Kombinierungen würde auch dem Institut des Konkursverwalters vollends die Möglichkeit einer einheitlichen

---

1) Vgl. Petersen, Sächs. Arch. I S. 40ff.

2) Petersen, a. a. O. S. 41, Gruchot 34 S. 790; auch Seuffert, Dogm. S. 148 ist der Meinung, wenn man den Verwalter in Bezug auf die Aktivmasse überhaupt als Vertreter des Gemeinschuldners ansehe, müsse dies auch bezüglich des Anfechtungsrechts gelten.

Ausgestaltung nehmen. In dem Umstande, daß Vereinigungsversuche dieser Art nicht nur überhaupt aufkommen können, sondern sogar als notwendig empfunden werden, ist vielmehr ein weiterer Beweis dafür zu erblicken, daß auf dem Wege der Vertretungstheorie überhaupt nicht zu einer einheitlichen Konstruktion zu gelangen ist, der Konkursverwalter demnach auch nicht als Vertreter angesehen werden dürfe [1]).

§ 22.

5. Um noch einmal die bisher gewonnenen Ergebnisse zusammenzufassen, so bildete den Ausgangspunkt der bisherigen Gesamtausführungen die feststehende aus der Natur der Sache mit Notwendigkeit sich ergebende Tatsache, daß der Konkursverwalter in den von ihm geführten Prozessen nur Partei oder gesetzlicher Vertreter sein könne. Die Frage, ob er gesetzlicher Vertreter sei oder nicht, nötigte zur Aufstellung allgemeiner Begriffe des stellvertretenden Handelns und der Vertretungsmacht. Die unter Zugrundelegung dieser Begriffe angestellte Untersuchung der Stellung des Konkursverwalters lediglich außerhalb des Prozesses lehrte, daß die Merkmale dieser allgemeinen Begriffe auf das Handeln und die Handlungsmacht des Konkursverwalters schlechterdings nicht zutreffen. Schon hiermit war gemäß der Alternative „Konkursverwalter gesetzlicher Vertreter oder Partei" die Beantwortung der in dieser Arbeit zu behandelnden Frage im Sinne der Parteistellung des Konkursverwalters gegeben, da, wie oben näher ausgeführt, die Ablehnung einer Vertreterstellung des Konkursverwalters im allgemeinen d. h. materiell rechtlich auch zur Ablehnung seiner Vertreterstellung in den von ihm geführten Prozessen zwingt.

Dieses Ergebnis hat die weitere Untersuchung über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters besonders in den von ihm geführten Prozessen nur noch einwandsfreier bestätigt. Hinsichtlich keines der etwa als durch den Konkursverwalter vertretene Partei in Frage kommenden Subjekte ist der Gedanke einer gesetzlichen Vertretung durch den Kankursverwalter in den von ihm geführten Prozessen

---

1) RG 29 S. 36; Kiehl, Z. 30 S. 296.

durchführbar gewesen. Unmöglich kann, wie soeben nachgewiesen, der Konkursverwalter als gesetzlicher Vertreter weder der Masse, noch der Gläubiger, noch des Gemeinschuldners allein oder in Verbindung mit einander erachtet werden. Keines dieser angeblich vertretenen Subjekte kann also als die vom Konkursverwalter vertretene Partei in den von ihm geführten Prozessen in Frage kommen. Hieraus aber folgt, zwar mittelbar aber doch mit zwingendster Notwendigkeit, daß der Konkursverwalter selbst Partei sein muß. Eine andere Möglichkeit ist absolut ausgeschlossen.

Zweiter Teil.

Der Konkursverwalter als Partei gegenüber den herrschenden Parteibegriffen und der Zivilprozeßordnung.

§ 23.

A. Diesem Ergebnisse, daß der Konkursverwalter und nur er Partei sein könne, glauben die Gegner mit dem Einwande entgegentreten zu können, daß eine Parteistellung des Konkursverwalters mit dem der Zivilprozeßordnung zugrundeliegenden Parteibegriffe schlechterdings unvereinbar sei.

Dieser Einwand ist u. E. nicht zuzulassen; denn sind die obigen Ausführungen richtig, d. h. also, zwingt die Unmöglichkeit einer Vertreterstellung des Konkursverwalters, und die aus dem Ursprungsgrunde des Instituts des Konkursverwalters sich ergebende richtige Erkenntnis dieses Instituts als Amtsträgers unbedingt dazu, den Konkursverwalter als Partei zu betrachten, so nötigt u. E. die gegnerischerseits behauptete Tatsache, der Konkursverwalter entspreche hinsichtlich seiner Prozeßführung nicht dem der Zivilprozeßordnung zugrundeliegenden Parteibegriff, nicht zur Aufgabe des hier gewonnenen Ergebnisses, sondern vielmehr umgekehrt, mangels jeder Legaldefinition des Begriffs „Partei" in der Zivilprozeßordnung, zur Prüfung der Richtigkeit und der Berechtigung jenes sich hinsichtlich des Konkursverwalters eben als zu eng erweisenden Parteibegriffs.

Die durch den gegnerischen Einwand veranlaßten weiteren Ausführungen haben sich also lediglich mit der Untersuchung zu beschäftigten, inwieweit die herrschenden Parteibegriffe erweiterungs-

bedürftig und erweiterungsfähig sind und ob ferner bei zweckmäßig erweitertem Parteibegriffe die Parteistellung des Konkursverwalters nicht sehr wohl mit den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung zu vereinen sei, ohne daß sich Unzuträglichkeiten ergeben oder den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung Gewalt angetan werden müßte.

1. Weder in dem Abschnitt über die Parteien (§§ 50 ff.) noch an anderen Stellen hat die ZPO eine feste Begriffsbestimmung des Begriffs Partei gegeben[1]). Unter den daraufhin sich zahlreich bildenden Definitionen des Parteibegriffs sind im wesentlichen zwei große Gruppen zu unterscheiden.

Während die ältere engere Auffassung im Anschluß[2]) an den gemeinrechtlichen Parteibegriff als Parteiprozeßsubjekt nur das Subjekt angibt, in dessen Namen und für dessen Rechnung und Gefahr der Prozeß geführt[3]), in dessen Interesse der Rechtsschutz gewährt wird, und als Partei nur das aktive oder passive Subjekt des den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses, der res in iudicium decudenda sive deducta[4]), betrachtet[5]), sind nach der neueren und weiteren Auffassung als Parteien schlechthin alle Personen anerkannt, in deren Namen oder gegen welche der Rechtsschutz gewährt werden soll[6]), ohne Rücksicht darauf, ob diese Person als Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses oder, ohne Subjekte der res in iudicium deducta zu sein, kraft eines eigenen Rechts oder eines eigenen Interesses, oder in eigenem Namen

---

1) Vgl. Petersen Z. 18 S. 1.

2) Gaupp-Stein 1906 vor § 50 I; Petersen-Anger S. 120 Ziff. 2; Stegemann Z. 17 S. 327 Abs. 3.

3) Petersen, a. a. O; Thiele bei Gruchot 39 S. 602.

4) Wach, I S. 519 oben; Planck, I S. 201.

5) Weitere Vertreter des älteren Parteibegriffs Petersen-Anger vor § 50 n. 2, Levy bei Gruchot 37, S. 173f.; Weißmann, I § 22, S. 73ff.; Kleinfeller S. 119ff. Mittelmeinung: Schmidt § 30 S. 143f. 154 n. 1 Reincke § 50 II S. 52ff.

6) Diesem neueren Parteibegriff, den schon Fischer Z. 10 S 436 und Bekker-Fischer VI S. 45 anregte (vgl. auch Fischer, Pr. Pr. § 128 S. 704), folgen mit starken Abweichungen im einzelnen Oetker, Jur. Lit. Bl. II S. 189 Sp. 1 a. E., Grundbegr. I S. 316f.; Stegemann Z. 17 S. 226f., 367; Schott, S. 60ff. Bunsen Z. 26 S. 197ff. vor allem S. 203f.; Kiehl, Z. 30 S. 289ff.; Seuffert, 9. Aufl. n. 1 vor § 50, Hellwig, Anspr. 131. Rechtskr. S. 35ff.

aber für fremde Rechnung oder endlich in einem materiell sie nicht berührenden Rechtsstreite kraft besonderen Amtes den Rechtsschutz für sich beanspruchen [1]).

2. Bei der Prüfung, welche von beiden Auffassungsgruppen dem heutigen Rechte am meisten entspreche, führt die Zugrundelegung des älteren engeren Parteibegriffs, nach dem nur die Subjekte des den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses Parteien sind, zu erheblichen Widersprüchen.

Denn wenn auch regelmäßig Kläger und Beklagter mit dem aktiven und passiven Subjekt der res in iudicium deducta identisch sind, so trifft dies doch keineswegs in allen Fällen zu. Häufig streiten die Parteien über das Bestehen eines Rechts, das nach Behauptung einer von ihnen einem Dritten zusteht [2]).

So kann beispielsweise der Ehemann auf Grund des § 1380 BGB ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht in eigenem Namen gerichtlich geltend machen [3]). So kann der Pfandgläubiger oder der Gläubiger, dem eine Forderung gemäß § 835 ZPO zur Einziehung überwiesen ist, auf Feststellung des dem Pfandschuldner zustehenden Eigentums bezw. des Bestehens der dem Schuldner gegen einen Dritten zustehenden Forderung auf Grund des § 256 ZPO klagen; so muß im Falle des § 265 ZPO der Veräußerer oder Cedent der res litigiosa den Prozeß so fortführen, als ob die Veräußerung oder Zession überhaupt nicht erfolgt wäre (ZPO § 265 Abs. 2 S. 1) [4]). In allen diesen Fällen ist das Prozeßsubjekt von dem Subjekt der res in iudicium deducta verschieden, nach der strengeren älteren [5]) Auffassung also nicht Partei [6]).

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein vor § 50 I a—c.

[2]) Petersen Z. 18 S. 5.

[3]) Vgl. Hellwig, Rechtskraft § 4 I S. 36; Bunsen Z. 26 S. 218; Gaupp-Stein vor § 50 I a; Petersen-Anger vor § 50 n. 3 S. 122; Kiehl Z. 30, S. 323.

[4]) Stegemann, Z. 17 S. 344, 370. Ein weiteres Beispiel: Der Gläubiger nach Art. 1166 des Code civil Petersen-Anger vor § 50 n. 3; Eccius bei Gruchot 34 S. 148.

[5]) namentlich von Wach vertretenen; vgl. Handbuch I S. 519.

[6]) Obwohl Wach streng den älteren Parteibegriff vertritt, kommt er doch zu dem Ergebnis, daß der Zedent ungeschmälert Partei bleibe (vgl. die Abtretung rechtshängiger Ansprüche 1886 S. 31). Das Widerspruchsvolle dieser Auffassung wird treffend von Stegemann Z. 17 S. 311 f. gekennzeichnet.

3. Während nun Wach streng an dieser älteren Auffassung festhält und auch nicht demjenigen, der in eigenem Namen ein rechtliches Interesse im Prozeß geltend macht, als Partei ansieht[1]) und ebenso Planck die Parteien mit den an dem streitigen Privatrechtsverhältnis Beteiligten gleichstellt[2]), hat Petersen, ebenfalls ein Vertreter des älteren Parteibegriffs, mit Rücksicht auf solche Fälle wie die oben genannten, die vollständige Gleichsetzung der Partei mit dem aktiven und passiven Subjekt des streitigen Rechts für nicht gerechtfertigt erklärt[3]), und die ältere Auffassung dahin erweitert, daß er als Partei die Person bezeichnet, die in eigenem Namen und auf ihre eigene Gefahr einen Prozeß führt; diejenige jedoch, die den Prozeß in fremdem Namen und für fremde Rechnung und Gefahr betreibt, als Vertreter betrachtet[4]).

a Aber auch in der Petersen'schen Erweiterung erweist sich der gemeinrechtliche Parteibegriff als zu eng, da er viele Personen, die notwendig Partei sein müßten, weil sie als Vertreter in den von ihnen geführten Prozessen schlechterdings nicht angesehen werden können, wie z. B. auch den Konkursverwalter nicht mit umfaßt, der kraft der ihm zustehenden Amtsgewalt und kraft seines eigenen Verwaltungs- und Verfügungsrechts zwar in eigenem Namen aber nicht auf eigene Gefahr und Rechnung prozessiert. Daher — und gerade mit Rücksicht auf die eigenartige Stellung des Konkursverwalters — hat Oetker in ausgesprochenem Gegensatz zu der gemeinrechtlichen engen Begriffsbestimmung, im Gegensatz auch zu der erweiterten Petersen'schen Theorie[5]) als Partei den rem in iudicium deducens und is, contra quem res in iudicium deducitur bezeichnet[6]). Diese Begriffsbestimmung wird aber insofern eingeschränkt, als beim Vorliegen gesetzlicher oder gewillkürter Vertretung der Vertretene Partei durch das Medium des Vertreters wird und als ferner

---

[1]) Handbuch I S. 518, n. 2.

[2]) Handbuch I S. 201.

[3]) Z. 18 S. 5, Petersen-Anger vor § 50 n. 2, 3.

[4]) a. a. O. S. 7; Petersen-Anger, a. a. O.

[5]) Jur. Lit. Bl. 1890 S. 189 Sp. 1 a. E. Grundbegriffe I S. 317.

[6]) Eine Begriffsbestimmung, die Stegemann (Z. 17 S. 326 f.) aufgenommen und ausführlich zu begründen versucht hat.

die Parteien nur dann sachlich legitimiert sind, wenn die Befugnis den einem Dritten zustehenden Anspruch unabhängig von dessen Willen prozessualisch geltend zu machen, sich auf ein Recht am Anspruche des Dritten, auf Amtsgewalt oder auf Rücksichten prozessualer Zweckmäßigkeit gründet[1]. Die gleichen Gründe erfordert auch die Passivlegitimation für einen Anspruch gegen den Dritten. — Eine Gegenüberstellung der Begriffsbestimmung Petersens und Oetkers, die als typische Vertreter der beiden oben genannten Auffassungsgruppen herausgegriffen seien, ergibt, daß sich beide bezüglich der Personen decken, die, ohne Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses zu sein, kraft eines eigenen Rechtes oder aus prozessualischen Zweckmäßigkeitsrücksichten klagen, oder verklagt werden, bezüglich der Personen aber entschieden auseinander gehen, die in einem materiell sie nicht berührenden Rechtsstreite kraft Amtes klagen oder verklagt werden. Nach der Oetkerschen Begriffsbestimmung könnte daher der Konkursverwalter Partei sein, nach der Petersen'schen nicht.

b) Die Ablehnung der kraft Amtes ohne eigenes Interesse den Rechtsstreit führenden Personen und damit auch des Konkursverwalters als Parteien, sucht nun Petersen mit dem Hinweis zu rechtfertigen, daß mehrere Vorschriften der Zivilprozeßordnung z. B. die über die Ausschließung vom Richteramt (§ 41 Ziff. 3 ZPO), das Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Ziff. 1—3, § 393 Ziff. 3), die Kostenpflicht (§ 91 Abs. 1) u. a. m. sämtlich nur auf Personen, welche den Prozeß in eigenem Namen und auf eigene Gefahr und Rechnung führen, nicht aber auf die lediglich kraft Amtes prozeßführenden Personen passen[2]. Hiermit beweist er allerdings, daß die Zivilprozeßordnung hauptsächlich mit Personen erstgenannter Art als Parteien gerechnet habe; eine Tatsache, die die Gegner des Petersen'schen Parteibegriffs unumwunden anerkennen[3], und die bei der Erwägung, daß Parteien mit „selbstischem" Interesse den Regelfall bilden[4], durchaus

---

[1] Oetker, a. a. O.; Stegemann, Z. 17 S. 358.

[2] Z. 18 S. 8—20.

[3] Oetker, Jur. Lit. Bl. 1890 S. 189 Sp. 2 a. E. Grundbegriffe I S. 322; Stegemann, Z. 17 S. 356, 363 ff.

[4] Gaupp-Stein vor § 50 I c letzter Abs. S. 131.

erklärlich erscheint. Damit zwingt doch nun aber Petersen noch keineswegs zu der Annahme, daß jede kraft Amtes prozeßführende Person als solche unter allen Umständen als Partei im Sinne der Zivilprozeßordnung ausgeschlossen und undenkbar sei [1]). So kennt die Zivilprozeßordnung im Staatsanwalt und im Testamentsvollstrecker Personen, die lediglich kraft Amtes ohne eigenes Interesse und ohne eigene Gefahr [2]) Prozesse führen und trotzdem als Partei, wo nicht ausdrücklich bezeichnet (wie der Staatsanwalt in §§ 636, 637 ZPO), so doch als solche behandelt werden, wie der Testamentsvollstrecker in den §§ 327, 748, 749, ZPO) [3]). So ergibt sich auch

[1]) Oetker, Jur. Lit. Bl. 1890 S. 189: „Ein weiterer Fehler der üblichen Parteiauffassungen liegt darin, daß die Parteien mit selbstischem Interesse mit den Parteien überhaupt identifiziert werden."

[2]) Im Falle des Unterliegens braucht weder der Staatsanwalt (§§ 637, 658, 673, 975 ZPO) noch nach herrschender Ansicht (Petersen-Anger, a. a. O. Ziff. 8) der Testamentsvollstrecker die Kosten des Verfahrens zu tragen.

[3]) Gaupp-Stein vor § 50 I c. Derselbe mit Recht a. a. O. § 327 I: Aus dem Wortlaut des § 327 ergäbe sich die Parteistellung des Testamentsvollstreckers von selbst, „es sei denn, daß man dem Gesetzgeber eine Sprechweise zutraue, die selbst für einen Laien unerlaubt naiv wäre." Ferner Bunsen, Z. 26 S. 265 ff.; Eccius bei Gruchot 33 S. 734; Markus, Sächs. Arch. 8 S. 63 ff.; Sturm, Lehre von der Testamentsvollstreckung 1898 S. 78 ff. — Dafür, daß der Testamentsvollstrecker nicht als gesetzlicher Vertreter zu betrachten ist, spricht auch der Umstand, daß im BGB der Testamentsvollstrecker nicht als gesetzlicher Vertreter bezeichnet worden ist, was nach dem Entwurf § 1903 geschehen sollte (Gaupp Stein § 327 I Petersen-Anger vor § 50 Ziff. 8) vgl. Prot. zum BGB V S. 280 ff., 289 ff. Drucks. des Reichstags 5. Session 1897/98 Nr. 61 S. 111 (zu § 293 e).

a. M. Schmidt S. 844 n. 1 Abs. 2; Petersen Anger vor § 50 Ziff. 8 § 327 n. 1. Petersen ist aber selbst über die Stellung des Testamentsvollstreckers nicht ganz im Klaren. Zwar verneint er a. a. O. entschieden dessen Parteistellung, bejaht aber nicht ebenso entschieden seine Stellung als gesetzlichen Vertreters (vgl. auch Sächs. Arch. Bd. I S. 34). Anscheinend will er ihn aber als gesetzlichen Vertreter aufgefaßt wissen. Ebensowenig wird ausdrücklich gesagt, wer in diesem Falle als Partei in den vom T. geführten Prozessen zu bezeichnen sei. Daß es nicht der Erbe sein solle, ist aus der Besprechung des § 325 ZPO zu entnehmen. Hier (a. a. O. § 325 n. 2 a. E. S. 689) wird nämlich gesagt, daß das rechtskräftige Urteil für und gegen andere Personen als die Parteien und ihre Rechtsnachfolger nur ausnahmsweise in den vom Gesetz besonders bestimmten Fällen wirke. Als einen solchen Fall bezeichnet Petersen den Fall des § 327 der die Rechtskraftwirkung eines zwischen dem T. und einem Dritten er-

aus einem mit der Zivilprozeßordnung in ihrer neuen Fassung gleichzeitig ergangenen Gesetze, dem Gesetz „betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossen vom 1. Mai 1889 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898" die Parteistellung des Konkursverwalters im Genossenschaftskonkurse [1]).

e Ergibt sich also auf der einen Seite die Notwendigkeit, solche Personen, die ohne eigenes Interesse und ohne eigene Gefahr kraft Amtes Prozeß führen, als Parteien aufzufassen, weil sie — wie nachgewiesenermaßen der Konkursverwalter — in den von ihnen geführten Prozessen Vertreter schlechterdings nicht sein können, ergibt sich andrerseits aus der Zivilprozeßordnung oder anderen Reichsgesetzen die Tatsache, daß dem heutigen Rechte in der Tat solche „Parteien kraft Amtes" — wenn auch nur als Ausnahmen — bekannt sind, so ist mangels jeder Legaldefinition eine Erweiterung des Parteibegriffs auf jene Personen entgegen Petersens und der übrigen Anhänger des älteren Parteibegriffs Meinung nicht nur statthaft, sondern sogar geboten [2]).

Unberechtigt und allzu engherzig will dem gegenüber das Verfahren der Gegner anmuten, die aus einzelnen Vorschriften des Gesetzes einen Begriff konstruieren und dann nur diesem zu Liebe Personen, die unbedingt als Parteien behandelt werden müßten, nicht als Parteien behandeln wollen und den hieraus sich ergebenden Schwierigkeiten nur dadurch entgehen, den Erfordernissen der fortschreitenden Rechtsentwicklung nur dadurch Rechnung tragen können, daß sie andere feststehende und klare Rechtsbegriffe wie die „der Vertretung", der „Prozeßfähigkeit", der „Sachlegitimation" ändern und verwischen [3]).

---

gangenen Urteils auf den Erben ausdehnt. Also ist der Erbe nach Petersens Worten eine „andere" Person und nicht Partei. Aus Note 5 zur Vorbemerkung II 8 zu § 50, in der Petersen auf seine Ausführungen in Buschs Z. 18 S. 58 f. verweist, ist in Verbindung mit dieser letztgenannten Stelle zu entnehmen, daß Petersen den Nachlaß als Partei betrachtet wissen will. Eine Parteistellung des Nachlasses ist aber aus ähnlichen Gründen wie eine Parteistellung der Konkursmasse abzulehnen.

1) Vgl. § 111 des Gesetzes. Gaupp-Stein vor § 50 I c S. 130.

2) Vgl. Schott § 12 S. 62.

3) Stegemann, Z. 17 S. 327 f.; Oetker, Jur. Lit. Bl. 1890 S. 189 Sp. 1.

Da es sich aber, wie unumwunden zugegeben wird, in solchen Fällen der Erweiterung des Parteibegriffs stets um eine von der Regel abweichende Ausnahme handelt[1]), so bedarf es u. E. für jeden einzelnen Fall der als notwendig behaupteten Erweiterung des Nachweises, daß die über die Parteien aufgestellten Bestimmungen der Zivilprozeßordnung sehr wohl auf diesen Einzelfall Anwendung finden können, ohne wie gegnerischerseits behauptet[2]), zu Unzuträglichkeiten zu führen[3]); sei es, daß diesen Unzuträglichkeiten durch positive Gesetzesbestimmungen vorgebeugt ist[4]), sei es, daß Unzuträglichkeiten deshalb ausgeschlossen sind, weil die etwa dazu führenden — weil lediglich auf Parteien mit selbstischem Interesse zugeschnittenen — Vorschriften mit Rücksicht auf die Eigenart des

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein vor § 50 I c letzter Abs. S. 131.

[2]) Vgl. Jaeger, § 6 u. 28; Petersen Z. 18 S. 15, 18.

[3]) Auf jeden Fall unzulässig erscheint es aber bei einer solchen Erweiterung des Parteibegriffs in der Weise zu verfahren, daß diejenigen für die Parteien im engeren Sinne gegebenen Vorschriften der Zivilprozeßordnung, die bei ihrer Anwendung auf jene kraft Amtes ohne eigenes Interesse und eigene Gefahr prozeßführenden Personen als Parteien zu Unzuträglichkeiten führen würden, einfach ohne Begründung ausgeschaltet werden.

Noch unzulässiger ist es, die lediglich für die gesetzlichen Vertreter gegebenen Bestimmungen einzig und allein deshalb, weil sie im gegebenen Falle besser passen, auf die Partei kraft Amtes anzuwenden. So Gaupp-Stein der (§ 239 I S. 486 und § 241 I b) im Falle des Todes des Konkursverwalters nicht § 239, sondern § 241, der für den Tod des gesetzlichen Vertreters gegeben ist, angewandt wissen will. Auch Stegemanns Verfahren scheint nicht angängig, der als Partei zwar den Deduzenten bezeichnet, die Kostenpflicht beispielsweise aber nicht diesen, sondern diejenige Person treffen lassen will, für welche das maßgebende Interesse zutrifft (Z 17 S. 364, 375), obwohl § 91 ZPO klipp und klar bestimmt: „Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen" (bezüglich des Konkursverwalters vgl. Stegemann, a. a. O. S. 365, gegen ihn Gaupp-Stein vor § 91 VI u. 17).

Ein derartiges Umgehen klarer Gesetzesbestimmungen ist nicht statthaft, in solchem Verfahren ist eher ein Zugeständnis an die Gegner, als eine Rechtfertigung des eigenen Standpunkts zu erblicken.

[4]) Man denke an die Abwälzung der Kostenpflicht auf die Staatskasse, wenn der Staatsanwalt unterliegt (§ 637 ZPO), an die Erweiterung der Rechtskraft des zwischen Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergangenen Urteils auf den Erben § 327 ZPO.

Vgl. Mot. z. KO § 65 S. 297 am Ende.

einzelnen Falles überhaupt nicht zur Anwendung gelangen oder etwa fehlende Vorschriften durch Analogieen zu ersetzen sind.

§ 24.

B. Ist oben nachgewiesen, daß der Konkursverwalter keinesfalls als gesetzlicher Vertreter angesehen werden kann und mußte daraus mit Notwendigkeit seine Parteistellung in den von ihm geführten Prozessen gefolgert werden, so führt dieser Standpunkt auch nicht hinsichtlich der Bestimmungen der ZPO zu Unzuträglichkeiten, die nur dadurch vermieden werden könnten, daß man der ZPO Gewalt antut.

In der Person des Konkursverwalters sind lediglich verbunden durch das menschliche Gebilde, in dem sie in Erscheinung treten, im übrigen aber völlig unabhängig von einander zwei gänzlich verschiedene Rechtssubjekte zu denken, der Konkursverwalter als Privatperson und der Konkursverwalter als Amtsträger, d. h. das Konkursverwalteramt. So oft also der Konkursverwalter als solcher handelnd auftritt, handelt — wie auch schon oben ausgeführt —, nicht die Privatperson, sondern das Konkursverwalteramt, verkörpert im Konkursverwalter, das Amt in seiner menschlichen Erscheinungsform [1]). So oft der Konkursverwalter als solcher klagt, oder verklagt wird, klagt oder wird verklagt in seiner Person das Konkursverwalter a m t [2]).

Unter diesem Gesichtspunkt wird sich manche der Unzuträglichkeiten von selbst erledigen, die bei Anwendung der für die Partei gegebenen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung auf den Konkursverwalter gefürchtet werden.

Als solche Bestimmungen werden gegnerischerseits hauptsächlich angeführt die §§ 41 Ziff. 3, 91, 239, 241, 383 Ziff, 1—3, 393 Ziff. 3, 325 ZPO [3]).

1. Die Bestimmung der Zivilprozeßordnung über die Kostenpflicht (§ 91), die anerkanntermaßen nur als für Parteien mit

---

1) Vgl. oben § 15 S. 68.

2) Vgl. Oetker, Grundbegr. I S. 322, Jur. Lit. Bl. 2 S. 189 Sp. 2 a. E.; Struckmann-Koch § 52 Anm. 3 („Das Konkursverwalter a m t ist Partei).

3) Vgl. Petersen-Anger vor § 50 n. 2; Petersen Z. 80 S. 11ff.; Jaeger § 6 n. 28; Weißmann § 22 S. 74.

selbstischem Interesse aufgestellt, vernünftigerweise gedacht werden kann[1]), würde an sich allerdings in Anwendung auf den Konkursverwalter als Partei zu großen Unzuträglichkeiten führen, denen auch nicht durch eine Trennung der Privatperson des Verwalters von dem in ihm verkörperten Amt begegnet werden könnte. Denn im Falle des Unterliegens ist der Konkursverwalter als Partei zu den Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen[2]). Hierin läge eine große Härte, für den Verwalter, wenn man die Person des Verwalters mit dem Amte gleichsetzt, da er, der am Prozesse gar nicht Interessierte, der lediglich in Erfüllung einer ihm zugewiesenen Aufgabe Handelnde, die Prozeßkosten zu tragen hätte; eine Härte für den Obsiegenden, wenn man Privatperson und Amt scheidet, da das Amt als solches vermögenslos ist, die Verurteilung desselben in die Kosten praktisch also bedeutungslos wäre.

Diese Unzuträglichkeiten sind aber infolge positiver Gesetzesvorschrift durch § 59 Ziff. 1 KO ausgeschlossen. Nach ihm fallen die aus der Prozeßführung des Konkursverwalters entstandenen Prozeßkosten als Ansprüche, welche aus Geschäften und Handlungen des Konkursverwalters entstehen, der Masse zur Last[3]). Obwohl also formell der Konkursverwalter als Partei zu verurteilen ist, trifft materiell die Kostenpflicht die Masse[4]).

2. Ebenso sind Unzuträglichkeiten aus den §§ 41 Ziff. 3,

---

[1]) Petersen Z. 18 S. 13f. sucht gerade mit dieser Vorschrift seine Behauptung, daß die Zivilprozeßordnung nur Parteien mit selbstischem Interesse kenne, zu begründen. Ebenso Stegemann Z. 17 S. 364: „am klarsten tritt diese Supposition (das nämlich die Parteien am Prozeßausgang interessiert seien) der Prozeßordnung in der Frage der Prozeßkostenpflicht zutage".

[2]) Vgl. § 11 Abs. 2 KO; Gaupp-Stein, 1906 vor § 91 IV S. 257; Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 158.

[3]) v. Wilmowski, § 59 n. 2; Jaeger, § 59 n. 2; Seuffert, Konkursprozeßrecht § 40 3a S. 245 oben; Sarwey-Bossert, § 59 n. 2 S. 277 a. E.; Oetker, Z. 25 S. 40.

[4]) Hieraus aber ein Argument gegen die Parteistellung des Konkursverwalters zu entnehmen (wie Petersen Z. 18 S. 14), beruht auf einer Verkennung des wirklichen Verhältnisses von Parteistellung und Kostenhaftung (vgl. Gaupp-Stein 1906 vor § 91 IV n. 28).

383 Ziff. 1—3 und 393 Ziff. 3 ZPO[1]) nicht zu befürchten, nach welchem der Richter wegen gewisser Beziehungen zu der Partei von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen ist und in Ansehung des Verlobten und Ehegatten, sowie gewisser naher Verwandten einer Partei einerseits das Recht der Zeugnisverweigerung, andererseits aber auch die unbeeidigte Vernehmung vorgesehen sind.

Eine mißbräuchliche Verwendung dieser Vorschriften, die eben nur mit Bezug auf Parteien mit selbstischem Interesse Berechtigung haben, in Prozessen, in denen der Konkursverwalter Partei ist, darf trotz Fehlens einer positiven Gesetzesbestimmung gleichfalls als ausgeschlossen erachtet werden. Dann nämlich wenn unter Zugrundelegung der oben geforderten Trennung von Privatperson und Amt lediglich das in der Person des Verwalters klagende oder beklagte Amt als Partei betrachtet wird.

Unter diesem Gesichtspunkt erledigen sich die oben genannten Bestimmungen sowie die aus ihnen hergeleiteten Unzuträglichkeiten von selbst. Denn „mit dem Amte ist niemand verwandt oder verschwägert", niemand verlobt oder verheiratet. Von einem Ausschluß des Richters gemäß § 41 Ziff. 3, von einem Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 383 Ziff. 1—3, und von unbeeidigter Vernehmung gemäß § 393 Ziff. 3 mit Rücksicht auf den Konkursverwalter kann somit nicht die Rede sein[2]).

3. Stirbt der Konkursverwalter, so erlischt auch das in ihm verkörperte Amt[3]). Bezüglich der von ihm geführten und zur Zeit seines Todes noch schwebenden Rechtsstreitigkeiten kann § 241 ZPO, eine für den Tod lediglich des gesetzlichen Vertreters gegebene Bestimmung, nicht zur Anwendung kommen. Da der Konkursverwalter Partei ist, müßte eigentlich § 239 ZPO auf

---

[1]) Auch diese §§ werden sowohl von Petersen Z. 18 S. 11 wie von Stegemann Z. 17 S. 363f. als auf Parteien mit selbstischem Interesse zugeschnitten, erwähnt.

[2]) Vgl. Oetker, Jur. Lit. Bl. 1890 S. 189, Grundbegr. I S. 322; Stegemann Z. 17 S. 365f. kommt zu demselben Ergebnis, aber aus anderen Gründen, vgl. auch Gallinger S. 21.

[3]) Jaeger, § 78 n. 10; Sarwey-Bossert, § 78 n. 2. S. 316 a. E.; v. Wilmowski, § 78 n. 4 Abs. 2; Willenbücher, § 78 n. 5; Hellmann, § 37 II S. 394 a. E. und n. 6.

ihn Anwendung finden[1]). Dem steht aber, wie sofort eingewandt werden könnte, der Mangel jeglicher Rechtsnachfolger entgegen. In der Tat kann von Rechtsnachfolge im technischen Sinne nicht wohl die Rede sein. Weder sind die Erben Rechtsnachfolger, da sie ja nur als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters als Privatperson und nicht als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters als Amtsträgers in Betracht kommen, noch darf von einer Rechtsnachfolge im technischen Sinne des neuen Amtsträgers gegenüber dem verstorbenen geredet werden. Das Verhältnis jedoch, das durch die infolge Todes des ersten Konkursverwalters notwendig gewordene Neubestellung geschaffen wird, ist in seinen Wirkungen ein der Rechtsnachfolge ähnliches, sodaß u. E. eine analoge Anwendung des § 239 sehr wohl gestattet ist.

Zwar ersteht mit der Ernennung und der Annahme des Amtes seitens des neuen Verwalters das Amt in seiner Person von neuem, aber — und das ist u. E. das wesentliche — genau in demselben Umfang und in dem Zustande, indem es im Amtsvorgänger erlosch. Es ist im Interesse der Rechtssicherheit unbedingt erforderlich, daß der neue Verwalter an die Rechthandlungen seines Vorgängers gebunden ist. Es kann u. E. also keine Rede davon sein, daß der neue Konkursverwalter etwa Erklärungen, die für seinen Amtsvorgänger bereits bindend geworden waren, seinerseits zurücknehmen könne, daß der neue Konkursverwalter einen Prozeß, den sein Vorgänger gemäß § 10 KO aufgenommen hat, seinerseits etwa ablehnen könne. Hatte sich sein Vorgänger durch Aufnahme des Prozesses seines Ablehnungsrechts begeben, so entsteht dieses Recht unter keinen Umständen mit der Wiedererstehung des Amtes in der Person des neuen Verwalters von neuem. Diese Gebundenheit des neuen Verwalters an die Rechtshandlungen des verstorbenen nähert das durch die Neubestellung des Nachfolgers geschaffene Verhältnis derart der Rechtsnachfolge, daß eine analoge Anwendung des

---

[1]) § 241 wird folgerichtig von den Anhängern der Vertretungstheorie angewandt; Petersen-Anger § 241 n. 3. Inkonsequent Gaupp-Stein § 239 I S. 486 und § 241 Ib, der den nur den Tod des gesetzlichen Vertreters betreffenden § 241 auch auf den Tod des Konkursverwalters angewandt wissen will, obwohl er diesen für Partei hält (vgl. oben S. 122 n. 3).

§ 239 auf den neuen Verwalter u. E. durchaus statthaft und unbedenklich ist.

4. Auch die Bestimmungen über die Rechtskraft (§ 325 ZPO) sollen nach der Behauptung der Gegner mit dem hier festgestellten Ergebnis der Parteistellung des Konkursverwalters ohne Unzuträglichkeiten nicht zu vereinen sein [1]). Denn da die Rechtskraft vorbehaltlich besonderer Vorschriften sich nur auf die Parteien und deren allgemeine Rechtsnachfolger erstrecke, so könne die ergangene gerichtliche Entscheidung streng genommen nur vom Konkursverwalter selbst oder dessen Rechtsnachfolgern, nicht aber von dem Gemeinschuldner [2]) angerufen werden, dessen Ansprüche der Verwalter kraft seiner Amtsgewalt prozessualisch geltend gemacht habe, ebenso wenig würde andererseits der Gemeinschuldner durch die gegen den Verwalter seines Vermögens ergangenen ihn beeinträchtigenden Entscheidungen gebunden sein. Im Interesse aller müsse aber gefordert werden, daß die in einem vom Konkursverwalter geführten Prozesse ergangenen Entscheidungen auch vom Gemeinschuldner angerufen werden könnten und für ihn bindend seien.

Diesem scharfen Angriff gegenüber muß es zunächst auffallen, daß einige Vertreter der Amtstheorie die oben als Unzuträglichkeit bezeichnete Konsequenz der Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf den Konkursverwalter mit aller Schärfe ziehen [3]), ohne an der Durchführbarkeit ihrer Theorie im mindesten irre zu werden; zweifellos in der begründeten Annahme, daß selbst im Fall der Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf den Konkursverwalter in dem Fehlen der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Masse auf Seiten des Kridars ein hinlänglicher Schutz gegen Unzuträglichkeiten gegeben sei. Denn ist über den die Konkursmasse betreffenden Anspruch als solchen entschieden, so ist der Gemeinschuldner vermöge seiner mangelnden Verfügungsbefugnis

---

[1]) Petersen Z. 18 S. 17 f. 48.

[2]) der unmöglich als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters angesehen werden kann. Vgl. Kiehl Z. 30 S. 350.

[3]) Oetker, Z. 35 S. 40; Lippmann, Jb. f. Dogm. 41 S. 174; Sarwey-Bossert S. 67 Abs. 1.

nicht in der Lage, gegen die Entscheidung aufzutreten[1]). Die Einziehung des Prozeßobjekts in die Masse bindet den Kridar, mag der besitzende Dritte freiwillig oder kraft Urteils an den Verwalter geleistet haben[2]). Diese Wirkungen ergeben sich also nicht erst mit einer Erweiterung der Rechtskraft der für und wider den Konkursverwalter ergangenen Urteile auf den Kridar als Wirkungen des einzelnen Prozesses als solchen, sondern lediglich schon aus dem Exekutionszustand überhaupt in dem sich der Gemeinschuldner den Konkursgläubigern gegenüber befindet, als notwendige Wirkung des Mangels jeglichen Verhandlungsrechts auf seiten des Kridars[3]).

Bietet also einerseits der Mangel jeder Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und damit jeglichen Verhandlungsrechts auf seiten des Kridars schon eine hinlängliche Sicherung gegen etwa aus der Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf den Konkursverwalter sich ergebende Unzuträglichkeiten, so zwingt andererseits die hier vertretene Annahme der Parteistellung des Konkursverwalters nicht einmal zu einem Festhalten an jener Beschränkung. Vielmehr macht u. E. trotz Parteistellung des Konkursverwalters das in den von ihm geführten Prozessen ergangene Urteil Rechtskraft für und gegen den Gemeinschuldner[4]).

Der Grundsatz der Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteien beruht auf der Erwägung, daß es eine außerordentliche Ungerechtigkeit bedeuten würde, das Ergebnis eines kraft der Verhandlungsmaxime im höchsten Maße von dem Handeln lediglich der Partei abhängigen und infolge etwa mangelhafter Prozeßführung noch nicht einmal richtig entschiedenen Prozesses Allgemeinverbindlichkeit zu verleihen[5]).

Daher ist auch eine Ausdehnung der grundsätzlich nur unter den Parteien wirkenden[6]) Rechtskraft auf dritte Personen als

---

1) Sarwey-Bossert, a. a. O.

2) Oetker, a. a. O.

3) Lippmann, a. a. O. vgl. auch Bunsen, Z. 26 S. 258f.

4) a. M. Bunsen, Z. 26 S. 258—262, der nur Rechtskraftwirkung gegen, nicht für den Gemeinschuldner annimmt.

5) Fischer, Jb. f. Dogm. 40 S. 172; Gaupp-Stein 1906 § 325 I: „Es ist ein wohl berechtigter Egoismus usw.“

6) a. M. Wach-Laband S. 46.

prinzipwidrige Ausnahme [1]) von jener oben aufgestellten durch die elementarsten Grundsätze der Gerechtigkeit geforderten Regel nur auf Grund positiver Gesetzesbestimmung statthaft, nicht aber im Wege der Analogie oder aus allgemeinen außerhalb des positiven Rechts entwickelten Grundsätzen heraus zulässig [2]).

Dieser sowohl im römischen Recht [3]) wie in allen modernen Kodifikationen [4]) vertretene Grundsatz der ausschließlichen Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf die Parteien, liegt auch dem heutigen Reichsrecht, vor allem der Zivilprozeßordnung in der auf dem Gesetz vom 17. Mai 1893 beruhenden Fassung zugrunde [5]).

Eine Einschränkung findet dieser Grundsatz, abgesehen von einigen bestimmten hier nicht in Betracht kommenden Fällen, hinsichtlich der Rechtsnachfolger der Parteien sowie der von den Parteien Vertretenen und Repräsentierten [6]) in dem oben (§ 13) erläuterten Sinne.

Zu diesen letzteren gehört in seinem Verhältnis zum Konkursverwalter auch der Gemeinschuldner [7]). Dieses Verhältnis ist — wie schon oben [8]) hervorgehoben — einer jener eigenartigen Fälle der außerhalb der persönlichen Vertretung liegenden Befugnis zur Verfügung und Repräsentation hinsichtlich fremder Rechte; eine Befugnis, die der Konkursverwalter kraft eigenen Rechts, wenngleich nicht in eigenem Interesse noch lediglich im Interesse des Gemeinschuldners, sondern zur Durchführung einer bestimmten anderen Aufgabe, nämlich zur Erfüllung des Konkurszwecks ausübt [9]).

---

1) a. M. Wach, a. a. O. S. 47.

2) Fischer, a. a. O. S. 167; Petersen-Anger, § 325 n. 2 a. E. a. M.: Wach, a. a. O. S. 48; Gaupp-Stein 1906 § 325 I S. 779 oben; Hellwig, Rechtskraft S. 52; Weißmann I S. 241 § 61a. — Eine eingehende Erörterung der über die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bestehenden Meinungsverschiedenheiten würde über den Rahmen dieser Abhandlungen hinausgehen.

3) Vgl. die ausführlichen Angaben Fischers, a. a. O. S. 163 f.

4) Fischer a. a. O. S. 166; a. M. Wach, a. a. O. S. 52 Anm. 1.

5) Fischer, a. a. O. S. 229.

6) Fischer, a. a. O. S. 229; Gaupp-Stein, 1906 § 325 I S. 779 oben S. 784.

7) Vgl. Fischer, a. a. O. S. 171; Gaupp-Stein, a. a. O.; Fischer Pr. Pr. § 130 S. 738 und d. oben S. 56 n. 1 Genannten.

8) § 17 S. 85—87.

9) Vgl. oben § 17 S. 82—85 und 85—87.

Wie alle Repräsentanten, alle Verfüger über fremde Rechte prozessiert der Konkursverwalter im eigenen Namen, ist im Sinne des Prozeßrechts Partei, nicht gesetzlicher Vertreter. Da aber den Gegenstand des Rechtsstreits die Rechtstellung des Gemeinschuldners als des Repräsentierten bildet, während der Konkursverwalter als Repräsentant zur prozessualischen Vertretung dieser Rechtstellung sachlich legitimiert ist, so muß auch die Entscheidung in den von dem Repräsentanten geführten Prozessen für und gegen den Repräsentierten d. i. den Gemeinschuldner, von Wirksamkeit sein[1].

Es handelt sich hier also nicht um eine Erweiterung der Rechtskraft auf Grund analoger Vorschriften, nicht um die Verwirklichung allgemeiner außerhalb positiver Gesetzesbestimmungen liegender Grundsätze, vielmehr ergibt sich die Wirkung der Rechtskraft für und gegen den Repräsentierten, in diesem Falle den Gemeinschuldner, infolge der dem Konkursverwalter kraft seines Verfügungs- und Verwaltungsrechts zustehenden prozeßrechtlichen Repräsentationsbefugnis (§ 6 Abs. 2 KO) aus der Natur der Sache von selbst[2]. Soweit die Sachlegitimation des Konkursverwalters reicht, muß die für und gegen ihn ergangene Entscheidung auch von dem am Prozeßausgang interessierten Gemeinschuldner anerkannt werden[3].

Damit aber ist jede Möglichkeit, daß sich aus der Parteistellung des Konkursverwalters hinsichtlich der Bestimmungen über die Rechtskraft Unzuträglichkeiten ergeben könnten, ausgeschlossen.

§ 25.

Die Unmöglichkeit, den Konkursverwalter als Vertreter überhaupt sowie als gesetzlichen Vertreter in den von ihm geführten Prozessen zu betrachten, die aus dem Ursprungsgrunde des Instituts

[1]) Vgl. Fischer a. a. O. S. 171; Pr. Pr. § 130 S. 736; Gaupp-Stein, 1906 § 325 VI. Zu demselben Ergebnis gelangen, allerdings oft unter wesentlich anderer Begründung Wach, in Wach-Laband, S. 14; Hellwig, Rechtskr. S. 61, Prozeßführungsrecht S. 9, der den Konkursverwalter im Namen der Masse als Sondervermögen prozessieren und den Gemeinschuldner von der Rechtskraftwirkung als das des Verwaltungsrechts entkleidete Subjekt der Masse betroffen werden läßt. Vgl. auch Rosenberg S. 21.

[2]) Vgl. Fischer, a. a. O. Pr. Pr. § 130 S. 735.

[3]) Fischer, Pr. Pr. § 130 S. 736.

des Konkursverwalters gewonnene Erkenntnis, daß im Konkursverwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ zur Durchführung des Konkurszwecks zu erblicken sei, haben mit Notwendigkeit zu der hier vertretenen Anschauung geführt, welche in allen vom Konkursverwalter geführten Prozessen den Konkursverwalter und nur ihn allein als Partei anerkennt.

Der einzige Einwand, der gegenüber der zwingenden Natur dieser gegen die Vertreterstellung und für die Parteistellung des Konkursverwalters sprechenden Gründe allein von Belang sein konnte, der Einwand, daß der Konkursverwalter als Partei dem der Zivilprozeßordnung zugrundeliegenden Parteibegriffe widerspreche, hat sich als als haltlos erwiesen.

Eine Kritik der die kraft Amtes prozeßführenden Personen als Parteien ausschließenden Parteibegriffe hat angesichts der tatsächlich bestehenden Notwendigkeit, solche Personen als Parteien anerkennen zu müssen, lediglich die Unzulänglichkeit jener Parteibegriffe gegenüber den Erfordernissen fortschreitender Rechtsentwicklung ergeben.

Eine Berechtigung konnte jenen Parteibegriffen umsoweniger zuerkannt werden, als die Zivilprozeßordnung selbst, wie die Untersuchung lehrte, Parteien kraft Amtes kennt und keine Bestimmung enthält, welche solche Personen ausdrücklich als Parteien ausschließt. Es konnte vielmehr bezüglich des Konkursverwalters der Nachweis erbracht werden, daß selbst die gegnerischerseits angezogenen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung in Anwendung auf den Konkursverwalter als Partei nicht zu Unzuträglichkeiten führen, welche nur dadurch vermieden werden könnten, daß den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung Gewalt angetan würde.

Diese Ergebnisse, die auf der einen Seite tatsächlich bestehende Notwendigkeit, den Konkursverwalter als Partei anerkennen zu müssen, und die auf der anderen Seite gegebene Möglichkeit, ihn als Partei anerkennen zu dürfen, rechtfertigen in vollem Umfang die hier vertretene Auffassung: in den vom Konkursverwalter aktiv und passiv geführten Prozessen ist der Konkursverwalter selbst und nur er als Partei zu bezeichnen.

Lebenslauf.

Am 23. September 1887 wurde ich in Ostrowo als Sohn des im Jahre 1909 in Breslau verstorbenen Geheimen Baurates Wilhelm Matthes und seiner Ehefrau Anna geb. Sdroyek geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und Preuße. Meine Schulbildung empfing ich bis zum Jahre 1900 an humanistischen Gymnasien in Danzig, Gera R. j. L. und Magdeburg. Von Ostern 1900 bis Ostern 1906 besuchte ich die Königliche Landesschule Pforta und bestand dort die Reifeprüfung. Dann studierte ich an den Universitäten München und Breslau.

Am 28. Oktober 1909 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung und am 6. Mai 1910 das Rigorosum. Als Referendar war ich zunächst beim Königlichen Amtsgericht in Trebnitz i. Schl. und beim Königlichen Landgericht in Breslau beschäftigt und bin gegenwärtig der Königlichen Staatsanwaltschaft in Breslau überwiesen.

Den Herren Professoren Geheimrat Fischer und Schott bin ich für ihre gütige Unterstützung bei vorliegender Arbeit zu besonderem Danke verpflichtet.